UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Le Nantissement Immobilier

EN DROIT INDIGÈNE ALGÉRIEN

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE, Présentée par

William OUALID

Docteur ès-sciences politiques et économiques
Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger et de la Faculté de Droit d'Aix

PARIS
IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE
15, Rue Racine, 15
—
1907

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Le Nantissement Immobilier

EN DROIT INDIGÈNE ALGÉRIEN

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE, Présentée par

ACAD
JURIDICAT
PARIS

William OUALID

Docteur ès-sciences politiques et économiques
Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger et de la Faculté de Droit d'Aix

PARIS
IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE
15, Rue Racine, 15

1907

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE

Personnel

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé des cours de Pandectes et de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, ch. du cours d'histoire du droit (doctorat).

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, ch. du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, ch. des cours de droit administratif (doctorat) et de législation financière.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé.

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, ch. du cours de droit civil approfondi.

BABLED, professeur d'Economie Politique, ch. du cours d'histoire des doctrines économiques (doct.).

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, ch. du cours de notariat et d'enregistrement.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel (licence et doctorat).

RIPERT, agrégé, chargé de cours de droit civil.

PERROUD, agrégé, chargé des cours de procédure civile et d'histoire général de droit français.

RAYNAUD, agrégé, chargé des cours d'Economie Politique (licence et doctorat) et d'histoire du droit public.

JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MONSIEUR MARCEL MORAND

Directeur de l'Ecole de Droit d'Alger

A MES PROFESSEURS DE L'ÉCOLE DE DROIT D'ALGER ET DE LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX

Hommage d'affectueuse reconnaissance

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545811_0020

BIBLIOGRAPHIE

1° *Droit Musulman, Kabyle et ibâdite*

Amat (Ch.). — Le Mzab et les Mzabites (Paris Challamel, 1886).

Annuaire de législation comparée.

Aristarchi bey et nicolaides. — Législation ottomane (Constantinople depuis 1873, 7 vol.).

Belin (M.). — Etude sur la propriété foncière en pays musulman et spécialement en Turquie (Paris. Imp. nat., 1862).

Charani (Cheick el). — Balance de la loi musulmane (trad. Perron. Alger. Fontana, 1898).

Cheik abd-el-aziz ben el hadj. — Kitab en Nil (manuscrit n° M. 2023 Bibliothèque universit. d'Alger).

Code civil egyptien. — Le Caire. Imp. Nat., 1896.

Coynes (A.). — Le Mzab (Alger. Jourdan 1879).

Goguyer (édité par). — Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi (Tunis et Paris. V. Brun, 1885).

Hanoteau et Letourneux. — La Kabylie et les coutumes kabyles (3 volumes, Paris. Imp. nat., 1872).

Ibn Acem. — La Tohfat (trad. Houdas et Martel, Alger. Gavaut Saint-Lager, 1882).

Khelil (Sidi). — Code musulman (trad. Seignette). 2 volumes. Constantine L. Arnolet, 1878).

Khelil ibn ishak. — Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite Malékite (tard. Perron, 6 vol. Paris. Imp. impériale. Paris 1854).

Koran (le). — (Trad. Savigny. Paris. Garnier. 1886).

Lescure. — Du double régime foncier de la Tunisie (Tunis Borrel 1900).

Masqueray (E.). — Chronique d'Abou Zakharia (Alger. Aillaud, 1878).

— Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie (Paris. Leroux 1886).

Meysonnasse. — Code civil musulman suivant le cadre du Code civil français (Paris, Chevalier Marescq. 1898).

Morand (M.). — Cours de droit musulman professé à l'Ecole de droit d'Alger.

— Les Kanouns du Mzab (R. A. 1901).

Mouradgea d'Ohsson. — Tableau général de l'empire ottoman (T. VI, Paris Firmin-Didot, 1824).

Nauphal (de). — Cours de droit musulman, 2e fascicule. — La propriété (Saint-Pétersbourg, Trenké et Fusnot, 1886).

Padel et Steeg. — De la législation foncière ottomane. — Paris, Pedone 1904.

Pandectes françaises. — V. Gage. — Privilèges et hypothèques.

Rinn. — Marabouts et Khouans (Jourdan, Alger, 1884).

Sautayra et Cherbonneau. — Droit musulman (Paris, Maisonneuve, 1896. 2 vol.).

Sawas-Pacha. — Etude sur la théorie du droit musulman (2 vol. Paris, Marchal et Billard, 1892-1898).

Van Den Berg (L.-W.-C.). — Principes du droit musul-

man suivant les rites d'Abou Hanifa et de Chafi (trad. du hollandais par de France de Tersant et Damiens R.-A. 1891-1896).

Zeys (E.). — Les juges de paix algériens (Alger, Gojosso).

— Droit ibadite (R.-A. 1888, I, p. 95 et ss.).

— Traité élémentaire de droit musulman (Alger, Jourdan, 1886, 2 vol.).

— et Mohamed ould Sidi Said. — Recueil d'actes judiciaires arabes (Alger, Jourdan, 1886)

2° *Droit français*

Aubry et Rau. — Traité de droit civil français (4e éd. T. III).

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Traité du nantissement et des privilèges (T. I). (Paris, Larose, 1895).

Beaumanoir. — Coutume de Beauvaisis, édit. Beugnot (Paris Renouard, 1842).

— Coutume de Beauvaisis (édit. Salmon. Paris. Picard 1900).

Brissaud. — Cours général d'histoire du droit français (T. II. Paris Fontemoing, 1905).

Brunschwig. — Du contrat pignoratif immobilier (Thèse Paris 1901).

Dareste. — Etudes d'histoire du droit (Paris. Larose 1889).

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil (Paris 1849-1884. T. VIII).

Demolombe. — Cours de droit civil (Paris 1845-1882. T. XXIX).

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil (Paris 1844-1845. T. XVIII).

Esmein. — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français (Paris, Larose 1883).

Fenet. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil (Paris 1827. T. XV).

Flandin. — De la transcription (Paris, 1868).

Glasson. — Histoire du droit et des institutions de la France (Pichon Paris, 1896. T. VII).

Grande Encyclopédie. — V. Prêt à intérêt. Hypothèque.

Guillouard. — Traité du nantissement (Paris. Pedone, 1896).

Laurent. — Principes du droit civil français (3e édit. Paris, T. XXVIII).

Lobut. — L'antichrèse autrefois et aujourd'hui (thèse Paris, 1897).

Locré. — Législation civile (Paris Trentel et Wurtz, 1829. T. XVI).

Merlin. — Répertoire. V. Antichrèse et contrat pignoratif.

Mourlon. — De la transcription (1862).

Peltier (F.). — Le nantissement immobilier dans le très ancien droit français (thèse Paris, 1895).

Planiol. — Traité élémentaire de droit civil (Paris, Pichon, 1900. T. II).

Pont (Mercadé et). — Comment. traité des petits contrats (Paris, Delamotte 1878. T. II).

Pothier. — Œuvres (éd. Bugnet) (Paris Cosse et Marchal, 1861).

Thézard. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques (Paris, 1880).

Troplong. — Commentaire du T. XVIII du Code civil.

Viollet. — Précis de l'histoire du droit français (Paris, Larose 1886).

3° *Législation algérienne.*

Besson (E.). — La législation civile de l'Algérie (Paris, Marescq, 1894).

Charpentier. — Précis de législation algérienne et tunisienne (Alger. Jourdan, 1899).

Charveriat. — A travers la Kabylie et les coutumes Kabyles.

Colin (M.). — Quelques questions algériennes (Paris, Larose, 1899).

Codification du droit musulman (Projet de). — Alger. Fontana, 1906.

Enquête sur l'état de la propriété indigène. — (R. A. I, 1905).

Enquête sur la propriété indigène. — Procès verbaux des séances de la Commission de 1898 (Alger. Heintz. 1904).

Estoublon et Lefébure. — Code de l'Algérie annoté et suppléments (Alger. Jourdan).

Eyssautier. — Le statut réel français en Algérie (Alger. Jourdan, 1887).

Larcher (E.). — Traité élémentaire de législation algérienne (2 vol. Paris, Rousseau, 1903).

Laynaud (M.). — Notice sur la propriété foncière en Algérie (Alger. Giralt, 1900).

Leroy-Beaulieu (P.). — L'Algérie et la Tunisie (Paris. Guillaumin, 1897).

— Traité d'Economie politique (Paris. Guillaumin, 1900).

Menerville (de). — Dictionnaire de législation algérienne (2 v.).

Mercier. — La propriété foncière en Algérie (R. A., 1898).

Narbonne. — Jurisprudence algérienne.

Norès. — Essai de codification du droit musulman (R. A., depuis 1903).

Pouyanne (M.). — La propriété foncière en Algérie (Alger. Jourdan, 1900).

— Rapport sur l'application du système Torrens en Algérie et en Tunisie (Alger, 1904).

Robe (E.). — Essai sur l'histoire de la propriété en Algérie (Bône Dagand, 1848).

— Etat actuel de la propriété immobilière en Algérie (1859).

— La propriété immobilière en Algérie (Alger. Saint-Lager, 1875).

— Origine, formation et état actuel de la propriété en Algérie (Paris. Challemel, 1885).

— Les lois de la propriété immobilière en Algérie (Alger. Torrent, 1891).

Sautayra. — Législation de l'Algérie (2 vol. Paris. Maisonneuve, 1883-1884).

Thiébault. — La propriété indigène (Paris. Schiller, 1893).

Tilloy. — Répertoire alphabétique de jurisprudence, de doctrine et de législation algérienne et tunisienne (Alger. Gojosso, 4 vol. et appendices).

Wahl. — L'Algérie.

4° *Recueils de législation, de jurisprudence et périodiques.*

Bulletin officiel du gouvernement de l'Algérie : B. O.

Bulletin judiciaire de l'Algérie (8 vol., 1877-1884) : B. J.

Journal « Le Mobacher ».

Journal des tribunaux algériens.

Journal de jurisprudence de la Cour d'appel d'Alger, dit Journal de Robe (paraît depuis 1859) : J. R.

Jurisprudence algérienne de 1830 à 1876 (4 vol. et une table) : J. A.

Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence (publiée par l'école de droit d'Alger depuis 1885 : R. A.).

LE NANTISSEMENT IMMOBILIER

En droit indigène Algérien

AVANT-PROPOS

Pays essentiellement agricole, habité par une population indigène tirant ses principales ressources des produits du sol et du travail de la terre, l'Algérie était toute désignée pour voir se développer et fleurir les institutions de crédit immobilier, la seule richesse du paysan (fellah) algérien consistant dans le lopin de terre qu'il cultive seul ou, le plus souvent, avec ses copropriétaires indivis. Ce serait pourtant se méprendre singulièrement sur les procédés de crédit foncier employés par les Musulmans peuplant notre colonie, que de les croire arrivés au degré de perfection qu'ils atteignent aujourd'hui dans les pays de civilisation européenne, et plus particulièrement en Allemagne et en Australie. Tout s'unit, au contraire, pour maintenir les sûretés réelles en usage

dans leur milieu, à l'état rudimentaire par lequel elles ont passé chez tous les peuples parvenus récemment à la possession d'un instrument de crédit presque parfait. Sans parler du manque d'éducation économique inhérent à une société primitive, qui en est restée à un système de culture quasi patriarcal, il faut signaler aussi l'influence des idées religieuses, contribuant par les préceptes rigoureux qu'elles formulent, à perpétuer les erreurs économiques et à faciliter l'emploi des subterfuges habituels destinés à tourner leurs prohibitions.

Deux faits sont venus récemment ramener l'attention des juristes et des économistes algériens sur le mécanisme grossier du crédit immobilier pratiqué par les populations indigènes. Une circulaire du gouverneur général enjoint aux administrateurs français de veiller à ce que les fonctionnaires musulmans n'abusent pas de leur autorité pour pressurer leurs coréligionnaires, en leur consentant des prêts sur rahnia (sorte d'antichrèse dont nous déterminerons la nature), ou accompagnés de tsénias (vente à réméré à faculté de rachat indéfinie), voilant sous ces noms des conventions où l'usure atteint des proportions scandaleuses. A cet effet, elle interdit à tous ces détenteurs d'une parcelle de la puissance publique de se livrer à des opérations de ce genre dans les limites de leurs circonscriptions (1). D'au-

1. Cf. *Projet de codification du droit musulman*, 2e fascicule, p. 178.

tre part, la question n'a pas été sans préoccuper également la commission réunie au gouvernement général pour la codification du droit musulman, et nous en trouvons la trace dans la résolution votée par cette assemblée, dans sa séance du 27 juin 1906, où elle préconise l'étude et la réglementation de ces contrats (1).

Le problème présente, en effet, une gravité considérable. De sa solution dépend, en grande partie, l'avenir de la propriété indigène. Il est temps de mettre fin aux abus de toute espèce qu'ont fait naître les institutions dont nous nous proposons l'analyse, car de l'aveu unanime, loin de rendre les services qu'on serait en droit d'en attendre, elles constituent un véritable instrument de ruine et d'expropriation. Or, en raison du rapport étroit qui unit les pratiques économiques à la religion et partant au droit indigène, c'est surtout à un point de vue juridique que nous envisagerons cette matière, sans toutefois en passer sous silence le côté économique, puisque nous venons de le dire intimement lié au premier. Ne serait-ce d'ailleurs qu'à titre de droit comparé, en dehors de l'intérêt d'actualité qui s'attache à sa solution, que le problème vaudrait encore d'être étudié. Nous verrons dans cet ordre d'idées, les singuliers rapprochements qui s'imposent entre les procédés employés par les usuriers et les emprunteurs arabes pour échapper aux foudres dont le Coran

1. *Ibid.*

menace ceux qui transgressent ses ordres, et les moyens auxquels recouraient les chrétiens, sous l'ancien régime, pour éviter les châtiments que l'Eglise prédisait à ceux qui passaient outre à ses interdictions.

Aussi consacrerons-nous la première partie de notre travail au droit indigène pur que nous envisagerons sous ses trois aspects : le droit musulman coranique suivi, dans la plupart de ses prescriptions, par les tribus arabes de l'Algérie, les coutumes locales auxquelles obéissent les communautés kabyles dont l'ensemble forme près d'un million de nos sujets, enfin le droit ibadite qu'observent les Mozabites, habitants des sept villes de la confédération du Mzab. Nous rechercherons les ressemblances qui rapprochent ces émanations de la révélation ou de l'usage, de notre droit ancien et moderne, et les différences qui les en séparent. La deuxième partie nous permettra d'établir les modifications que l'introduction de nos lois françaises a apportées aux institutions indigènes. Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous constaterons les inconvénients économiques des antichrèses et ventes à réméré, les abus auxquels a donné naissance la fréquence de leur emploi, les remèdes qu'on a proposés et les objections qu'ils soulèvent. Nous exposerons à cette occasion, en en faisant l'application au sujet qui va maintenant retenir notre attention, le problème de la possibilité d'engager dans la voie des innovations et du progrès le droit islamique, en apparence immuable et imperfectible, puisqu'il est d'origine extra-terrestre et procède de la révélation divine.

INTRODUCTION

Les sources du droit immobilier algérien

Sommaire

Respect partiel des lois locales.
§ I. — Le droit musulman orthodoxe. — Les sources : Coran et Souna. — Opinion unanime. — Analogie. — Les grands imams et leurs rites. — Nature de leurs divergences.
§ II. — Les coutumes kabyles.
§ III. — Le droit ibadite.
Champ d'application du droit indigène.

En proclamant l'annexion du territoire de l'Algérie que lui avait conquis la force des armes, la France incorporait, en même temps, à son domaine le sol de sa nouvelle colonie et, immédiatement, les lois françaises lui devenaient applicables du fait même de cette incorporation. Plus que tous autres, les textes que nous avons coutume de considérer comme d'ordre public, comme liés d'une façon indissoluble à la sauvegarde des intérêts vitaux du pays, devaient recevoir pleine et entière application, et parmi eux surtout l'article 3 § 2 du Code civil, constituant un

des principes fondamentaux du droit international. Le sol algérien allait-il donc passer du jour au lendemain du statut du vaincu à celui du vainqueur ? Certes, cette solution n'aurait pas souffert de difficultés, si le territoire annexé avait, avant la conquête, obéi aux lois d'un gouvernement civilisé et organisateur, mais il n'en était rien dans la nouvelle colonie : les Français se trouvaient en présence de populations dont ils ignoraient tout, à commencer par la langue. Ils sentirent que le fossé qui les séparait de leurs nouveaux sujets était trop profond pour être comblé par le simple fait de l'assimilation législative et, conformément d'ailleurs à la capitulation d'Alger du 5 juillet 1830, ils respectèrent les usages musulmans, leur religion, et par conséquent leur droit civil (1).

C'est ainsi que s'explique la coexistence persistant encore aujourd'hui, malgré les 77 ans d'occupation permanente, des droits et des coutumes indigènes à côté de notre loi française en matière immobilière. Il est vrai que la sphère d'application de chacune de ces législations est nettement délimitée et que le domaine de la première tend journellement à disparaître devant les progrès constants de la seconde (2), il conserve cependant encore une impor-

1. Cf. loi de 1851, article 16. Sénatus-consulte du 14 juillet 1865, article 1er, alinéa 1er. — Décrets des 1er octobre 1854, article 1er, 13 décembre 1866, 8 janvier 1870, 29 août 1874, 29 août 1874, 10 septembre 1886 et 17 avril 1889.

2. Voir, dans la deuxième partie, le développement de cette idée.

tance assez considérable pour qu'il soit intéressant d'en étudier la physionomie et la nature des droits réels qu'il comporte.

Mais, ainsi que nous le faisions pressentir dans notre avant-propos, la partie même du sol de l'Algérie qui échappe, dans certaines conditions que nous déterminerons plus tard, à l'application intégrale de notre loi nationale, est loin d'être soumise à un régime législatif unique, et trois sortes de droits y régissent la propriété foncière, entrant parfois en conflit les uns avec les autres, tout comme les coutumes de l'ancienne France. Ce sont, nous l'avons dit, le droit musulman pur, les coutumes kabyles, et le droit ibadite ou mozabite, dont nous allons brièvement, et dans la mesure indispensable pour l'intelligence de nos explications futures, rappeler les principes et les origines.

§ 1. — Le Droit Musulman Orthodoxe. — Soumises plus tôt que les Kabyles au joug de l'envahisseur arabe, en ayant adopté complètement la religion et les mœurs, les tribus algériennes cantonnées sur le littoral, dans les plaines ou sur les hauts plateaux, obéissent absolument à l'enseignement coranique, et c'est dans le livre sacré et les œuvres de ses commentateurs que nous devrons aller rechercher les principes directeurs du régime de la propriété foncière chez les populations dites arabes, et qui ne sont en réalité que des Berbères arabisés, de notre colonie d'Algérie (1).

1. Sur l'histoire de l'Algérie et de ses invasions successives cf. Mercier. *Histoire de l'Afrique septentrionale.*

Ce n'est pas devant l'œuvre législative humaine, le produit de l'expérience amassée par les générations passées, que le musulman s'incline quand il observe les prescriptions que lui dicte le Coran. Il obéit à la parole divine telle qu'elle s'est révélée à Mahomet, son prophète, et dans le Coran (1), dans le livre (*Kitab*) il est sûr de trouver explicitement ou implicitement renfermées, la règle de conduite pour tous les actes de la vie et la solution de toutes les questions qui sont de nature à se présenter. Que la concision du texte, l'abstraction de ses termes, l'énigme des allégories, le mystère des images ne l'effrayent, du reste, pas ! Mahomet lui-même a pris soin d'éclairer par ses consultations les passages qui pouvaient paraître obscurs à ses contemporains et, par voie de réponses, de décisions, analogues au *jus respondendi* romain, il a tranché les questions d'espèce que lui soumettaient les plaideurs qui se présentaient à son tribunal. Lui mort, ses disciples immédiats, ses compagnons fidèles de lutte et de gloire, continuèrent sa tradition, évoquant, quand on faisait appel à leur science, le souvenir des dires du Prophète. Jointes aux réponses qu'avait faites Mahomet lui-même, les leurs constituèrent les fameux *hadits*, la *Souna*, la tradition orale, recueil des paroles et actes du législateur (2).

---

1. Le Coran, qui forme la base sacrée du droit islamique, a été rédigé, sous sa forme définitive, par les soins du troisième successeur de Mahomet, le Khalife Otsman. Nous le citerons d'après la traduction Savary.

2. Nombreux sont les recueils de *hadits*. Citons, parmi

A ces deux sources mères, à ces sources des sources (*asl-ul-asl*) de la loi musulmane, au livre saint, fruit de la communion de Dieu avec son envoyé, à la Souna, ensemble des réponses du Prophète, viennent s'en ajouter deux autres, dont l'autorité, pour être moindre et procéder d'origine plus humaine, n'en est pas moins appelée à jouer un rôle considérable. Mahomet, en effet, ne se contentait pas toujours de la révélation et des ressources de son intelligence pour trancher les conflits dont on lui confiait l'examen : il ne dédaignait pas de recourir aux lumières de ses compagnons assemblés, et de ces réunions naissaient souvent des décisions devant lesquelles s'inclinait le Prophète. Leur autorité survécut à sa mort. Ses successeurs, les Kalifes des trois premières générations, s'adressèrent aussi à ceux qui avaient vécu dans l'intimité du législateur, dans les cas embarrassants que n'avaient prévus ni le Coran, ni la tradition. *L'idjmaa*, l'opinion unanime de l'Assemblée des croyants, des saints compagnons, arriva ainsi à être, à son tour, considérée comme une source importante de la législation musulmane.

Enfin, quand eurent disparu tous ceux que le souvenir de l'enseignement oral de Mahomet mettait à même d'envisager avec sérénité les problèmes les plus complexes, quand de leur assemblée ne put plus jaillir la lumière de leurs solutions éclairées,

---

les principaux, ceux de Bokhari et de Moslem (III[e] siècle de l'hégire). Le premier jouit d'une autorité considérable chez les Musulmans d'Algérie.

quand la mort eut frappé ses disciples immédiats (*ashab*), leurs adeptes (*tabein*) et les adeptes de leurs adeptes (*tabeia tabein*), l'œuvre législative ne s'arrêta point. Qu'eut décidé le Prophète en face d'une semblable situation? telle était la question que se posaient les docteurs auxquels on soumettait une difficulté nouvelle passée sous silence par le Coran, les hadits, ou l'idjmaa et, comme nos magistrats, allant du connu à l'inconnu, les savants de l'Islam, procédaient par analogie, puisant dans les principes dont ils disposaient les éléments d'une solution. Nous sommes ainsi en possession de la quatrième et dernière source du droit musulman : l'analogie (*qias*)(1).

Coran, tradition, opinion unanime et analogie suffisaient certes amplement aux besoins primitifs et aux grossières conventions des habitants peu civilisés de la Mecque et de Médine, et la nécessité de condenser en un tout unifié les éléments épars dans les sources que nous venons d'énumérer ne se faisait pas encore sentir. Mais la religion musulmane étendait son influence au delà de la presqu'île du Hedjaz, et le droit coranique demandait impérieusement, sinon une amplification, tout au moins un agencement méthodique et systématique. Abou Hanifa Noman ibn Tabit, dit le grand Imam (jurisconsulte) eut la gloire d'attacher son nom à cette œuvre. Coordonnant les principes religieux et juridiques en un ensemble, en un véritable *corpus*

1. Cf. Sawas-Pacha. *Théorie du droit musulman* (préface).

juris, il fut l'initiateur d'une méthode que les trois autres grands imams (1) ne firent qu'imiter, en y introduisant toutefois un esprit plus réactionnaire et moins rationaliste.

Obéissant fatalement, dans leur interprétation, à leurs sentiments personnels, à l'idée plus ou moins étroite qu'ils se faisaient de l'enseignement du Prophète, les quatre Imams arrivèrent à diverger sur nombre de points et, entraînant à leur suite tous ou presque tous les adeptes de la nouvelle foi, ils rangèrent sous leur bannière respective les observateurs de la religion de Mahomet. De la sorte s'explique, qu'en dépit de son origine divine, malgré la révélation faite par Dieu à son élu des préceptes qu'il entendait voir sur la terre, le droit islamique soit loin de revêtir une parfaite unité, et nous devons, suivant les pays dont nous étudions les lois et les coutumes, nous reporter à la doctrine de l'Imam dont le rite y est observé.

A l'Ecole hanéfite appartiennent aujourd'hui les peuples les plus éclairés et les plus civilisés de l'Islam contemporain. Egyptiens, Turcs et Mahométans de l'Inde suivent les règles que leur a tracées le premier codificateur du droit coranique, qui vécut à Bagdad de 80 à 150 de l'hégire, et dont les disciples immédiats Abou Youssouf et Mohamed nous ont transmis la formule. De tous les commentaires

---

1. Malek, Chaféi et Hambal, fondateurs respectifs des écoles malékite, chaféite et hambalite.

qu'elle a provoqués, le plus célèbre, en raison du choix qu'en a fait le gouvernement turc comme de l'exposé le plus parfait de la doctrine hanéfite, est l'œuvre du cheik Ibrahim ben Mohamed ben Ibrahim el Halabi (d'Alep), intitulé la *Moulteka el Bouhour* (le Confluent des Mers). Professé autrefois en Algérie, surtout par les Turcs, le rite d'Abou Hanifa n'a pas complètement disparu du fait de la conquête, et dans les grandes villes de la colonie des cadis (juges) rendent la justice entre Musulmans et dressent les actes qui les intéressent suivant les préceptes du Grand Imam, à côté des cadis malékites, adeptes de Malek dont nous allons maintenant esquisser l'œuvre (1).

Plus attaché que son illustre prédécesseur à la lettre même du Coran et de la tradition, moins habile que lui à user de l'analogie, Abou Abdallah Malek ben Ans vit le jour à Médine en l'an 94 de l'hégire (716 après J.-C.) et mourut en 179. Sa doctrine se répandit rapidement dans l'Afrique mineure à la suite des invasions arabes, car elle répondait mieux que celle d'Abou Hanifa au zèle des nouveaux prosélytes et à leur manque de civilisation, par son caractère dogmatique laissant peu de place au raisonnement humain. L'immense majorité de nos sujets Algériens, dont le Coran forme la loi civile, obéit aux prescriptions de Malek et de ses continuateurs.

---

1. Sur le rite hanéfite cf. Van den Berg. *Principes du droit musulman suivant le rite d'Abou Hanifa et de Chafei.*

Parmi eux le plus fameux est incontestablement Aboudaïa Khelil ben Ishak ben Yacoub, communément appelé Sidi Khelil. Professant au Caire au XIVe siècle de notre ère (VIIIe de l'hégire), la mission lui fut confiée de rédiger un abrégé, un résumé de la doctrine malékite et de fixer l'état de la jurisprudence. Il remplit cette tâche en condensant dans un livre intitulé *El Moktassar* « Le Précis, l'Abrégé », les principes essentiels de l'enseignement de Malek. La renommée en fut immense : sa brièveté, sa concision furent considérées comme des qualités maîtresses et sa récitation littérale fut exigée de tout jeune Arabe qui se destinait aux études juridiques. Innombrables furent les commentaires que suscita ce précis, renfermant dans ses deux cents pages tout un monde de propositions tant implicites qu'explicites. Nous ne mentionnerons ici que les principaux : Mohamed el Kharchi, Abd el Baki, Derdiri et Alich, le plus moderne, sans oublier le curieux ouvrage d'Ibn Acem, cadi de Grenade, rédigé en vers de façon à en faciliter la mémoire, *la Tohfat el Houkkam* (1).

Traduit en français par le docteur Perron (2), codifié par Seignette (3), le Précis de Sidi Khelil est l'ouvrage dont se servent actuellement les magistrats indigènes et français d'Algérie, quand ils sont appe-

---

1. Nous la citerons d'après la traduction française d'Houdas et Martel.

2. Perron. *Précis de jurisprudence musulmane.*

3. Seignette. *Code Musulman.*

lés à trancher des litiges entre musulmans appartenant au rite malékite, et c'est à lui que nous nous référerons, nous-même, presque toujours.

Moins grande fut l'influence, et plus restreinte la sphère d'application des deux autres rites dont nous signalions plus haut la fondation et qui, comme les premiers, portent les noms de leurs créateurs. Nous ne les citerons que pour mémoire : ce sont Chaféi, comptant parmi ses adeptes la majorité des habitants de l'Egypte, et Hambal dont le rite forme la base de la législation en usage chez les musulmans de l'Ile de Java.

Il ne faudrait d'ailleurs pas s'exagérer l'importance des divergences qui séparent ces différents rites. Ils reposent tous sur un même fondement : l'enseignement du livre sacré, du Coran, dont ils ne sont qu'une interprétation plus ou moins littérale et servile, suivant le tempérament et le degré de culture de ses codificateurs. Si tout musulman doit appartenir, en principe, à un de ces rites qualifiés d'orthodoxes, puisque l'effort législatif, l'innovation, cessa, dit-on, avec la mort d'Hambal, il peut librement exercer son choix, et même mieux, adopter pour une opération, pour une convention particulière, un rite autre que celui qu'il professe d'ordinaire. Nombreux en sont les exemples que nous fournissent nos sujets d'Algérie. Quoique appartenant pour l'immense majorité à l'école Malékite, ils n'hésitent pas à passer devant les cadis hanéfites les constitutions de *habous* (substitution ayant surtout pour but d'éluder les

règles de dévolution successorale). Charani, qui a attaché son nom à la *Balance de la jurisprudence*, a résumé dans cet ouvrage les points de contact et de séparation de l'enseignement des quatre grands Imams (1).

En résumé, la propriété foncière qui, en Algérie, est encore soumise au statut musulman orthodoxe, est régie par les règles qui se dégagent des doctrines de Malek et d'Abou Hanifa. Le rite malékite étant celui de la presque totalité des indigènes algériens, c'est surtout à lui que nous aurons recours pour l'étude des principes qui président à l'établissement, et déterminent les effets des sûretés réelles immobilières. Mais, en raison même de la présence de quelques hanéfites parmi les habitants de l'Algérie, nous signalerons au passage les points particuliers sur lesquels leur doctrine se sépare de celle de Malek ; et lorsqu'il s'agira de formuler, à la fin de notre travail, les règles les plus propres à assurer à nos sujets algériens la jouissance de leur propriété et l'accession au progrès économique, nous ne craindrons pas, sur la foi même des affirmations des jurisconsultes musulmans les plus orthodoxes, de faire indifféremment des emprunts aux rites qui nous paraîtront le plus en mesure de nous conduire à la solution cherchée (2).

1. Charâni. *Balance de la loi musulmane* (traduction Perron, édition Luciani).

2. Nous aurons l'occasion de voir que les principes rigoureux du droit orthodoxe ont subi des modifications profondes sous l'influence de la nécessité, ce qui a donné naissance à une sorte de droit coutumier, à côté du droit écrit.

§ 2. — Les coutumes Kabyles. — Garanties par leurs montagnes contre les invasions turques, ou tout au moins y ayant opposé une résistance plus grande que les peuplades du reste de l'Algérie, les communautés kabyles ont conservé presque intactes les coutumes anciennes que leur adoption de la religion coranique n'a pas fait disparaître. Certes, comme les autres indigènes du Maghreb (Afrique occidentale du Nord), ils ont substitué à leur grossier paganisme, la religion plus raffinée que leur prêchaient les envahisseurs, portant avec eux la guerre et la foi, mais chez eux le domaine spirituel et le domaine temporel ont toujours conservé leurs sphères d'application nettement séparées. Leurs antiques croyances ont fait place au dogme mahométan, mais leur droit civil s'est maintenu presque entier et seuls, dans les cas que la coutume n'a ni prévus ni réglementés, les Kabyles font appel à la loi religieuse.

Triple est chez eux la source du droit : à côté du Livre Saint, auquel ils ont recours, au cas de silence de leurs lois locales, figure l'*âàda*, la coutume générale, que la tradition verbale transmet de générations en générations. C'est elle qui nous fournira les éléments des règles relatives au statut personnel, aux transmissions de propriété et aux conditions des contrats. Les Kabyles s'y montrent fort attachés et leurs marabouts, les anciens juges, bien qu'en principe fidèles observateurs de la loi coranique, s'inclinent devant elle. D'essence humaine et partant perfectible, l'*ââda* n'a rien de l'immutabilité de la loi révé-

lée. Les *amins*, les maires des villages kabyles, constituant autant de républiques autonomes, peuvent, en cas de besoin, procéder à la révision, à la modification des principes de la coutume générale, quand ils la jugent surannée ou insuffisante. Réunissant les tribus, ils proposent la réforme qu'ils considèrent comme utile et après discussion, quand la majorité s'est formée, la récitation de la première sourate du Coran (*fatah*) précède la proclamation de la décision au sein de l'assemblée, elle-même suivie de sa publication dans les marchés et dans les villages. Nous avons ainsi la troisième source du droit kabyle l'*arf :* la modification de la coutume, dont la portée territoriale ne dépasse pas les limites des tribus qui ont procédé à son adoption (1).

C'est dans le *Kanouns* de chaque village, dans les coutumes locales proprement dites, dans les règlements (κανων) que nous trouvons les applications pratiques de ces décisions générales ou régionales : l'*aada* et l'*arf* y occupent également leur place et s'y coudoient. En principe, le Kanoun n'est qu'un recueil, un tarif de pénalités, destinées à réprimer les contraventions au droit civil et pénal ; mais, en raison de ce rôle, il renferme des règles de droit civil en l'absence même de toute sanction pénale pécuniaire. Souvent rédigés par les *tolbas* (lettrés) et conservés par l'écriture, ils sont souvent aussi con-

1. Hanoteau et Letourneux. *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 135.

fiés, comme l'ââda, à la mémoire des vieillards de la tribu. On conçoit les précautions minutieuses qu'en exige la consultation à cause des différences qu'un même *Kanoun* est susceptible de présenter d'une année à une autre (1). L'ouvrage remarquable de MM. Hanoteau et Letourneux sur la *Kabylie et les coutumes Kabyles* contient, dans son corps même, et en appendice, un grand nombre de ces règlements recueillis et rédigés par eux au cours de leur séjour parmi les populations du Djurdjura (2). Enfin, M. Masqueray a également joint à son livre sur la *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, quelques Kanouns qui avaient échappé aux précédents écrivains (3). En dehors de certaines erreurs de détails que nous signalerons plus tard, et qui ne l'étaient peut-être pas à l'époque de la rédaction de leur ouvrage, le livre de MM. Hanoteau et Letourneux est resté, même à l'heure actuelle, l'exposé le plus complet et le plus consciencieux de la coutume générale Kabyle. C'est à lui que nous aurons recours quand nous aurons à étudier les sûretés réelles immobilières que pratiquent ces populations où le Coran n'a pas réussi à implanter sa règle absolue.

---

1. *Ibid.*, p. 137.
2. *Ibid.* T. III.
3. Masqueray : *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, p. 226 et ss.

§ 3. — Le droit Ibadite (1). — Aux confins méridionaux de l'Algérie et du Sahara, au milieu des plaines de sable qui l'entourent, s'élève une agglomération de cités, une série d'oasis, que l'activité et l'ingéniosité des habitants a réussi à faire jaillir d'un sol ingrat et inhospitalier. C'est le *Chebka* du Mzab, la confédération des sept villes, refuge où les Ibadites (2), les Ouahbites (3) ont trouvé un abri contre les persécutions.

Véritables protestants de l'Islam ils se disent seuls détenteurs de la foi orthodoxe et des principes de l'envoyé de Dieu. Ils ne puisent que dans le Coran et dans la Tradition le fondement de leurs croyances et, plus que tous les autres, ils voient dans le droit et la religion un tout indivisible. Longtemps, en effet, ils n'ont eu d'autres maîtres que les prêtres, les *tolbas*, les clercs, que leur science des livres sacrés recommandait au respect des laïques. Ils n'innovent d'ailleurs rien : au contraire. Ils souhaitent le retour à la simplicité primitive de l'Islam, à la pureté des contemporains du Prophète. En leur qualité de descendants des *Kharidjites*, des révoltés du premier siècle, de ceux qui levèrent contre Ali l'étendard de la rébellion et n'échappèrent qu'au nombre de dix au

---

1. Cf. Coynes. *Le Mzab.* Masqueray, *op. cit.* et *Chronique d'Abou Zacharia.* Zeys : *Législation mozabite.* Morand : *Les Kanouns du Mzab.* R. A., 1903, I, 14.

2. Ainsi appelés du nom d'Abdallah ben Ibad el Morii un des premiers chefs de sectes.

3. Du nom de Abdallah ben Ouahb : leur premier chef.

massacre de Mahrouan, ils prêchent contre le relâchement des mœurs et le refroidissement de la foi. Seuls le livre Saint et la Tradition échappent à leur contrôle, et s'ils acceptent la plupart des décisions unanimes de l'assemblée des compagnons, ils ne craignent pas d'en rejeter un grand nombre.

Le droit civil n'a dû naître chez eux qu'assez tard. Ils se sont, sans doute, jusqu'à une époque assez récente, contentés des préceptes du Coran. Mais les besoins économiques se sont fait sentir, plus particulièrement dans leur milieu que parmi les autres populations d'Algérie, et nous verrons des exemples des progrès qu'ils firent accomplir à la législation. Dans la deuxième moitié du XVIII^e^ siècle un cheikh de Beni Isguen, Abd-el-Aziz, songea à tirer de l'ensemble des prescriptions contenues dans les Kanouns ou transmises par la tradition, celles qui étaient relatives au droit civil. Imitant l'exemple de Sidi Khelil, dont s'inspire certainement son abrégé, il rédigea une compilation du droit ibadite, à laquelle il donna le nom de *Kitab En Nil* (le livre du Nil), qui joue aujourd'hui, pour les Mozabites, le rôle du Précis de Khelil chez les Musulmans malékites. Il est loin, d'ailleurs, d'en avoir les qualités de précision, d'unité et de concision. Comme son modèle il a suscité un commentaire, celui d'Atfich, et les deux livres traitant du mariage et des successions ont été traduits par M. Zeys (1). Celui consacré au nantisse-

---

1) R. A., années 1887 et suiv.

ment, le livre XIII, n'a pas encore été l'objet d'une version française, et c'est dans le manuscrit arabe, rapporté du Mzab en 1884, que nous avons puisé les éléments du chapitre que nous consacrons aux sûretés réelles immobilières en usage chez les Mozabites (1).

Familiarisés avec les différentes sources du droit indigène algérien, il importe maintenant d'en déterminer d'une façon précise le champ d'application. Quand nous affirmions, en tête de ce chapitre, que la loi française avait eu soin de respecter les coutumes et usages indigènes, nous avions soin d'ajouter qu'il était loin d'en être ainsi dans tout le territoire, et cette règle est bien près de devenir une exception, car le sol de l'Algérie est appelé tôt ou tard à obéir purement et simplement à la loi nationale. Une formule concise permet aujourd'hui de fixer le domaine encore soumis aux lois et coutumes musulmanes. Dans les pays situés hors du Tell, c'est-à-dire en deça de la limite que trace la loi foncière de 1873, les immeubles sont régis par la loi indigène ou la loi française suivant la qualité de leurs propriétaires. Dans la région du Tell, c'est-à-dire dans la partie de l'Algérie parallèle au littoral et s'étendant jusqu'à la limite fixée ci-haut, échappent seuls à la loi fran-

---

1. Nous en devons la traduction à l'amabilité de M. Meyer, interprète auxiliaire au Tribunal de Blidah, qui a mis son talent d'arabisant à notre disposition. Qu'il reçoive ici l'expression de nos vifs remerciements.

çaise les immeubles qui n'ont été l'objet d'aucune des opérations prévues par la loi de 1873, et dont aucun des titres qu'elle énumère n'établit la propriété ; les immeubles, en un mot, qui n'ont pas été *francisés*. La portée de ce critérium sera plus complètement éclaircie quand nous étudierons plus tard les conséquences qu'a produites l'introduction dans la colonie des lois métropolitaines, et les égards qu'on a dû avoir pour la propriété indigène. Les terres qui ont fait l'objet d'une de ces opérations prévues par la loi de 1873, cessent pour toujours d'appartenir au statut musulman ; une fois tombé sous le coup de la loi française l'immeuble y reste définitivement astreint et rien ne peut l'en faire sortir désormais (1).

C'est aux immeubles qui sont encore soumis à la loi musulmane, à ceux qui dans le Tell ne remplissent pas les conditions qu'exige la loi de 1873 pour la francisation ou qui, situés hors du Tell, sont la propriété d'indigènes musulmans, que nous consacrerons nos explications. Sur eux seuls peuvent être constitués, dans toute leur étendue, les droits réels que prévoient et réglementent le droit coranique, la coutume kabyle, ou le droit ibadite ; et encore, parmi ces terres importe-t-il d'établir une nouvelle distinction. N'oublions pas, en effet, que le régime foncier est loin de revêtir en Algérie le caractère unitaire qu'il affecte dans la métropole ; qu'à côté des terri-

1. Cf. *infra*, IIe partie.

toires de propriété privée, individuelle, analogue au *dominium* romain et à la propriété de notre Code civil (*terres melks*), existe une sorte de propriété collective qu'on a qualifiée de *terre arch.* Sa nature et son origine ont donné lieu aux plus vives controverses, mais elle est en dehors du cadre de notre étude, puisque tout le monde s'entend à lui reconnaître le caractère d'inaliénabilité, entraînant comme conséquence l'impossibilité de constituer sur elle des sûretés réelles, démembrement du droit de propriété, et préliminaire, en quelque sorte fatal, d'une aliénation forcée.

Résumons-nous. Le sol algérien présente aujourd'hui deux sortes de terres (1) : les terres francisées et celles qui échappent encore à l'application de la loi française. Parmi ces dernières, les unes, les terres melk, peuvent faire l'objet d'aliénation, de droits réels, c'est d'elles seules que nous ferons l'objet de notre étude, laissant de côté celles qui ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, et sur lesquelles les occupants n'ont qu'un simple droit d'usufruit et de jouissance.

---

1. Nous laissons aussi naturellement en dehors de cette classification et de notre étude, les biens du domaine public (forêts, cours d'eau, communaux, etc.), qui offrent les mêmes caractères d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité que dans la métropole.

Première Partie

LE DROIT INDIGÈNE PUR

TITRE PREMIER

Le droit musulman

CHAPITRE PREMIER

La prohibition du prêt à intérêt

Sommaire

Le principe. — Les conséquences. — Le prêt. — Les contrats interdits.

Si le célèbre texte de Saint Luc (1) qu'invoquaient les canonistes du moyen âge pour interdire, dans notre ancien droit, le prêt à intérêt et considérer comme usuraire tout avantage, si minime fût-il, que

1. Saint-Luc, VI, 35.

le prêteur tirait du service qu'il avait rendu à son prochain, a pu donner lieu à de multiples controverses ; si les juristes désireux, au contraire, de justifier l'intérêt ont découvert dans d'autres passages de l'Evangile des paraboles contenant implicitement la reconnaissance de la légitimité d'une rémunération pour le créancier (1), il est impossible de trouver dans le Coran la moindre contradiction à cet égard. Dès le deuxième chapitre du Livre sacré, le Prophète menace de la colère divine les prêteurs avides : « Ceux qui avalent le produit de l'usure se lève-« ront au jour de la résurrection comme celui que « Satan a souillé de son contact. Et cela parce qu'ils « disent que l'usure est la même chose que la vente. « Dieu a permis la vente, il a interdit l'usure... « Ceux qui retourneront à l'usure seront livrés au « feu où ils resteront éternellement (2). Oh ! croyants, « craignez Dieu et abandonnez ce qui vous reste « encore de l'usure, si vous êtes fidèles (3). » Oh ! « croyants ne vous livrez pas à l'usure, en la por-« tant au double et toujours au double. »

Dieu a donc interdit l'usure, est-il dit en termes formels ne laissant place à aucune discussion, et cependant, comme s'il craignait que ces paroles ne fussent pas assez claires et assez précises, Mahomet a pris soin d'expliquer la volonté du Seigneur dans

---

1. Luc, XIX. 11 à 27. Mathieu XXV, 14 à 30.
2. Coran. Chap. II, verset 276.
3. *Ibid.*, vers. 278.

un « hadit » aussi célèbre que le verset lui-même. « N'échangez pas l'or contre l'or, l'argent contre « l'argent, le sel contre le sel, le blé contre le blé, « l'orge contre l'orge, la datte contre la datte, si ce « n'est par quantité égale contre quantité égale, « le même contre le même, de la main à la main « (sans l'intermédiaire de courtiers intéressés). Celui « qui donne un excédent et celui qui en obtient un « sont convaincus d'avoir pratiqué le prêt à inté- « rêt (riba). En cela celui qui reçoit et celui qui donne « sont également coupables et répréhensibles (1). » Il ressort donc de ces prescriptions que Dieu n'a mis obstacle qu'à l'échange du même contre le même, en quantités inégales, laissant en dehors de toute prohibition les conventions sur les substances de qualité différente. Mais sur l'interdiction de l'usure aucune voix discordante ne s'est jamais élevée parmi les compagnons, leurs adeptes, leurs descendants, les imans ou leurs commentateurs. Cette prohibition forme un des principes les plus unanimement reçus de l'Islam et contribue dans une large mesure à expliquer l'atrophie économique des peuples de religion musulmane (2).

Il est d'ailleurs plus que probable que ces prescriptions furent la conséquence de la situation éco-

1. Sawas Pacha, *op. cit.*, II, p. 558.

2. Cf. Tohfat, vers 305. Khelil (trad. Seignette), nº 53. L'imam Abou Youssouf, élève d'Abou Hanifa, essaya pourtant, mais sans succès, de légitimer le prêt à intérêt : il se heurta à l'hostilité de son maître (Sawas Pacha, *ibid.*).

nomique de l'Arabie au temps où le législateur initia son peuple à la loi que lui dictait le Seigneur. Nous en trouvons la preuve dans le soin qu'il prend d'énumérer, dans le « hadit » que nous reproduisions plus haut, toutes les denrées ou matières dont l'échange en quantité différente est réprouvé. Il démontre à l'évidence que les peines qui frapperont les impies ont pour but d'éviter dans un pays aussi pauvre que l'Arabie, l'accaparement des substances de première nécessité par des intermédiaires peu scrupuleux, désireux de spéculer sur les besoins de leurs concitoyens. Le fait même des recommandations répétées du Prophète est un signe certain des dangers que les usuriers devaient faire courir aux habitants de l'Hedjaz. N'était-ce pas à un souci du même ordre qu'obéissait l'Eglise du Moyen âge quand les décrétales des Papes et les décisions des Conciles vouaient aux pires châtiments et excluaient de la communauté des fidèles les prêteurs et les usuriers. L'Eglise ne s'était-elle pas faite la tutrice, la protectrice des faibles et des malheureux, et n'importait-il pas qu'elle mît son influence et son pouvoir au service de leur sauvegarde ? Elle trouvait d'ailleurs des armes puissantes dans les textes sacrés et dans l'enseignement du grand Aristote. Boutellier résume fort nettement les raisons qui ont pu amener les prohibitions canoniques, quand il nous dit : « Pour deux raisons, selon la loy escrite « est usure défendue. La première raison c'est que « usure est défendue pour le peuple qui est enclin

« de sa nature à oysiveté et ne voudrait faire aucun « œuvre ne labeur, la deuxième que elle est expres- « sement défendue par l'Eglise, et à ce doit obéir « tout vrai chrétien, et qui ne le fait, il ne doit ne « estre tenu fils de nostre mère Sainte Eglise (1). »

Enfin, de même qu'au Moyen âge rares étaient les opérations fructueuses permettant de faire valoir l'or et l'argent aux mains de leurs possesseurs, et peu sensibles, par conséquent, les inconvénients de cette prohibition, de même les musulmans des premiers siècles de l'hégire ne durent pas songer à s'insurger contre elle (2).

Quoi qu'il en soit, le droit musulman ne suivit même pas les progrès que fit le droit canonique et il ne toléra jamais les moyens qu'admirent, à la longue, les jurisconsultes ou les théologiens pour tourner la règle dont l'observation devenait de jour en jour plus difficile, avec le développement économique et l'augmentation des entreprises appelées à produire des bénéfices considérables. Pour les juristes musulmans tout avantage, tout excédent, toute plus-value, quelque faible qu'en soit l'importance, que le créancier retire d'un prêt constitue un bénéfice illicite, un produit usuraire. Pour eux, comme pour les Romains, *usura est ubi amplius requiritur quam datur* (3). Mais, s'ils adoptent leur définition, ils

1. Boutellier. *Somme rurale*. Liv. II, T. II, p. 752.
2. Sur l'ancien droit français, Cf. Brissaud. *Histoire du droit français*, II, p. 1422 ss. — Viollet, p. 582-593. — Glasson. *Histoire du droit*, t. VII, p. 606 ss., etc.
3. Dig. *De usuris et fruct.*

sont loin d'imiter le libéralisme des législateurs antiques, qui étaient parvenus à une connaissance beaucoup plus parfaite de la nature humaine, et se préoccupaient plutôt de la réglementer que d'édicter des règles inapplicables.

Nous ne saurions nous imaginer le luxe de détails que les auteurs musulmans consacrent à cette matière, qui dans notre législation et dans toutes les civilisations européennes, n'offre plus qu'un intérêt historique. Ils se montrent encore plus intolérants que les canonistes du Moyen âge. Celui qui avait emprunté à un ami, nous dit Boutellier, pouvait à titre de reconnaissance du service rendu, lui faire quelque cadeau sans que ces libéralités fussent considérées usuraires (1). Au contraire, nous lisons dans Charani : « Selon Abou Hanifa et Malek, le fait « par le prêteur d'accepter un cadeau de l'individu qui « a emprunté de lui quelque chose, de manger avec « lui, d'en agréer tout procédé utile, si même cette « manière de faire était habituelle chez eux avant « le prêt, est interdit, lors même qu'il n'y aurait « pas eu de conditions spécifiées à ce sujet (2). » Non content d'édicter ces préceptes rigoureux, Abou Hanifa poussait le scrupule de conscience jusqu'à l'exagération. Chakik de Balk raconte de lui qu'il ne se serait point assis à l'ombre du mur d'un individu qui lui était redevable d'un prêt. « Cet

1. Boutellier, *op. cit.*, p. 753-754.
2. Charani, *op. cit.*, p. 302.

homme, disait l'Imam, est mon débiteur et tout avantage que donne un prêt est un avantage illicite, usuraire ; m'asseoir à l'ombre du mur de cet homme serait un avantage pour moi (1). »

Que la défense de prélever un intérêt ne soit du reste pas un obstacle à la pratique du prêt, au contraire. Autant le Coran se montre sévère et menaçant à l'égard de ceux qui violeraient cette interdiction, autant il exhorte les fidèles à se montrer généreux et à venir au secours de leurs frères malheureux. Si l'usure est élevée au rang d'un des péchés capitaux, punis par les tourments éternels, le prêt gratuit est de nature à amener sur la tête de celui qui l'accomplit les suprêmes félicités. « Si votre « débiteur éprouve de la gêne, attendez qu'il soit « plus aisé, si vous lui remettez sa dette ce sera « plus méritoire pour vous, si vous le savez » dit le Coran (2), et les hadits surenchérissent. « Le prêt et l'amitié ont l'approbation de Dieu ». « Faire deux prêts ce serait presque faire une aumône. » Ne croirait-on pas lire les paroles fameuses de l'Evangile de Saint Luc : *Mutuum date, nil inde sperantes.* C'est bien le *mutuum*, le prêt de consommation qui ne doit rien rapporter au prêteur, sous peine de se voir taxer d'usuraire que prêche le Prophète. Aussi quand, avec les progrès et le raffinement des mœurs et de la civilisation, les contrats usuraires revêtirent la

1. *Ibid.*, p. 59.
2. Chap. II, v. 280.

forme d'actes licites ou de conventions que n'avaient pas prévues les textes des siècles primitifs, les jurisconsultes de l'Islam, suivant en cela une marche parallèle à celle des théologiens et des ordonnances de notre ancien droit, augmentèrent la liste des combinaisons prohibées par suite de la fraude dont elles étaient le véhicule.

En dehors du prêt de consommation où l'usure se manifeste presque toujours ouvertement, nombreux sont, en effet, les contrats où elle se déguise et que l'Eglise poursuit par haine du *Turpe lucrum*, dont elle redoute partout la coupable intrusion. Sous l'influence des canonistes l'interdiction du prêt à intérêt atteint des proportions invraisemblables ; on chercherait en vain un contrat où ils ne prétendent pas le découvrir et l'interdire. Toutes les manifestations de la vie et de l'activité économiques subissent le poids de leur contrôle. Qu'il s'agisse de vente ou de prêt, de banque ou de société, de dommages-intérêts ou de lettre de change, les théologiens affirment toujours y voir un profit illicite propre à en justifier la règlementation.

Du domaine religieux ces règles, d'abord réservées aux ecclésiastiques, passent dans la législation séculière dès les Carolingiens (1). Les recueils de coutumes fourmillent de prohibitions de tout genre et la lecture du chapitre LXVII de Beaumanoir

---

1. Cap. 789. C. 5. Omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare.

nous édifie sur l'extension de la prohibition, et des fraudes que les besoins économiques opposent aux lois qui cherchent à les violer. Nous ne citerons que les principales parce que nous aurons l'occasion de les retrouver plus tard employées encore en Algérie à l'heure actuelle, par les usuriers musulmans soucieux de concilier leurs scrupules religieux avec leurs intérêts matériels.

Le procédé le plus fréquent, le plus classique, consiste à opérer une vente à terme en stipulant de l'acquéreur un prix bien supérieur à celui du comptant. Prêter une quantité de choses fongibles, d'une espèce déterminée, contre la promesse d'en opérer la restitution en une même quantité de substances de valeur supérieure, est un subterfuge couramment usité, et Beaumanoir nous en donne l'exemple suivant. Souvent, au début de l'été, un paysan consent à son voisin besogneux, un prêt de seigle en stipulant de lui qu'il lui rendra pareille quantité de froment au mois d'août (1). Enfin nous réservons pour le prochain chapitre l'examen attentif des deux autres moyens, qui se rapportent plus directement à notre étude, de tourner cette prohibition, c'est-à-dire la constitution de mort-gage et la vente à réméré.

Si nous revenons maintenant aux commentateurs arabes des rites orthodoxes, nous trouvons, avec une infinité de détails, une minutie de recommandations

---

1. Beaumanoir (éd. Bugnet), ch. LXVIII, nos 2, 3, 4, t. II, p. 478-479. Cf. *infra*, IIIe partie, ch. I.

qu'ignoraient même nos scolastiques du Moyen âge, l'énumération puérile et fastidieuse de toutes les combinaisons auxquelles recourent les prêteurs habiles et les emprunteurs poussés par le besoin. En premier lieu, comme dans nos coutumiers, nous rencontrons, dans leurs traités, la condamnation de la « vente à terme », tout au moins sous les formes susceptibles de dissimuler une violation de la loi. Faisons observer, avant tout, que les juristes musulmans qualifient du nom de « vente à terme » une convention à laquelle cette expression est loin de s'appliquer exactement, surtout quand elle constitue un « véhicule de prohibition » (1), réprouvée comme telle. C'est plutôt une vente à terme suivie du rachat par le premier vendeur, avant le paiement du prix convenu. Même en pareil cas, elle n'est pas fatalement frappée de nullité. Cette sanction ne l'atteint que si l'objet de l'aliénation revient aux mains du vendeur vendeur initial, contre un prix tel qu'il ait, suivant les termes mêmes des docteurs, payé peu pour avoir beaucoup (2). Illustrons par quelques exemples les combinaisons visées en style concis et obscur, dans le Précis de Sidi Khelil par application de cette notion (3).

---

1. Leys, *Droit musulman*, vol. I, p. 142, et ss.

2. Khelil (trad. Seignette, n° 104, 113, trad. Perron, III, p. 262).

3. « Dans toute vente à terme suivie de rachat par le vendeur de la chose vendue moyennant un prix en denrées alimentaires, numéraire ou marchandise de même espèce que le prix

Ali vend au comptant à Zeyd une maison dont il reçoit le prix de cinq cents dinars. Immédiatement et dans les mêmes conditions de paiement, il la lui rachète pour quatre cents dinars. Cette hypothèse, dont l'utilité pratique nous échappe, est naturellement viciée, puisqu'elle aboutirait à une violation directe du principe prohibant l'échange de choses semblables, en l'espèce le numéraire, en quantités inégales. Si le prix de la maison restant fixé au même taux (500) est payable par l'acheteur à trois mois d'échéance, et que le vendeur la rachète pour une somme moindre (400) mais payable à deux mois, Zeyd emprunte ainsi à la fin du deuxième mois la somme de 400 à Ali, contre celle de 500 qu'il lui restituera à la fin du troisième : l'opération se réduit donc à un prêt dont le caractère usuraire est à peine voilé. Enfin, supposons les rôles intervertis, et Ali rachetant pour 600 dinars payables à trois mois la maison qu'il avait cédée à Zeyd moyennant 500 dinars à deux mois de terme, c'est l'acheteur, en ce cas, qui devient le prêteur, et réalise ainsi un bénéfice usuraire et partant illicite. Dépourvues, nous pou-

---

de la première, les cas suivants peuvent se présenter, savoir : que le prix de rachat ait été stipulé égal, inférieur ou supérieur au prix de la première vente, et dans chacune de ces hypothèses qu'il ait été stipulé au comptant ou à un même terme, ou à un terme plus court ou plus long. Or, de ces différentes combinaisons, sont illicites celles qui aboutissent à faire payer la moins élevée des deux sommes avant l'autre » (Khelil. trad. Seignette, n° 104).

vons aisément le constater, de toute portée pratique, nous avons signalé ces quelques combinaisons pour montrer que les canonistes du Moyen âge, loin d'avoir l'apanage de la subtilité, auraient trouvé dans les jurisconsultes musulmans des rivaux dignes d'eux, capables de soutenir avantageusement la comparaison sur le terrain de la casuistique.

En matière de prêt de consommation, au contraire, nous ne sommes plus dans le domaine de la scolastique et des appréhensions théoriques. Les cas prévus et interdits sont d'un usage fréquent et facile et, à l'instar des théologiens chrétiens et des coutumiers, qui condamnaient la plupart des contrats, les docteurs de l'Ismam énumèrent pour en proscrire l'emploi toutes les hypothèses où le prêteur est susceptible de retirer de la convention un profit au détriment de l'emprunteur. Il ne faudrait pas, d'ailleurs, retourner la proposition, car l'avantage que le débiteur peut trouver dans la convention est non seulement autorisé et licite, mais, mieux encore, recommandable et prescrit comme œuvre pie.

Nombreuses sont les conséquences que déduisent les commentateurs orthodoxes du principe rigoureux de la gratuité du prêt, dont nous signalions plus haut quelques exagérations. La sanction des règles édictées est non seulement la restitution du bénéfice perçu au mépris des prescriptions coraniques, mais tout intérêt, tout avantage, si minime fût-il, produit pour le créancier, entraîne la nullité complète de l'opération. C'est ainsi que promettre de restituer une ma-

chandise saine quand on n'a reçu qu'une marchandise avariée, stipuler que la restitution d'une chose prêtée aura lieu dans un endroit différent de celui de la livraison, est considéré comme constituant un profit réprouvé. Enfin, allant plus loin dans cette voie, les rigoristes rejettent l'emploi de la lettre de change quand seul est en jeu l'intérêt du vendeur, couvrant sous l'apparence d'un service rendu à l'acquéreur, le bénéfice que lui procure cette aliénation. Ils raisonnent, du reste, de la façon suivante : vendre à une personne une lettre de change payable par un tiers sur une place éloignée, c'est éviter le transfert d'une somme importante, échapper aux dangers qu'elle courrait en route, c'est donc faire un trafic avantageux, s'assurer, en un mot, un transport gratuit et exempt de tout risque (1).

Nous avons cru devoir nous appesantir assez longuement sur l'interdiction formelle du prêt à intérêt en droit coranique, parce qu'elle forme la véritable clef de voûte de la législation économique de l'Islam. Outre les rapprochements intéressants avec les institutions et les prohibitions de l'Eglise du Moyen âge dont elle nous a fourni les éléments, nous nous rendrons compte, au cours de nos développements futurs, du rôle important qu'elle a joué dans la matière des sûretés réelles chez les peuples de civilisation islamique, et plus particulièrement parmi les populations arabes de notre colonie. Elle nous

1. Zeys, *op.cit.*, t. I, p. 192.

facilitera l'étude des modes de crédit immobilier auxquels ils ont recours, et nous permettra de serrer encore le plus près l'assimilation des effets qu'a produits la même cause dans la France de l'ancien régime et l'Algérie indigène contemporaine. Nous y trouverons un nouvel exemple de la vanité des règles législatives édictées au mépris de toute connaissance de la nature humaine et de ses aspirations économiques instinctives. Enfin, lorsque, plus tard, nous essayerons de déterminer les remèdes propres à enrayer les funestes et ruineuses conséquences de l'abus du nantissement immobilier, nous verrons, qu'avant tout, se posera la question de savoir le sort qu'il convient de réserver à ce principe en apparence irréductible de la législation musulmane.

CHAPITRE II

Le Nantissement Orthodoxe

Sommaire

Inexistence de l'hypothèque en droit musulman. — Causes. — Division du chapitre.

Section I. — Le nantissement orthodoxe : Importance du gage. — Rôle. — Caractères. — Conditions de forme. — Dépossession du débiteur. — Conditions de fond. — Personne du constituant. — Validité du contrat principal. — Nature de l'immeuble engagé. — Effets. — Droits du créancier : 1° droit de rétention. — Indivisibilité du nantissement — 2° Droit de vente et privilège. — Jouissance de l'immeuble. — Obligations du créancier. — Des impenses. — Des risques.

Section II. — Le nantissement coutumier. — La Rahnia indigène. — Définition. — Conditions. — Durée. — Effets.

Section III. — Nantissement, mort-gage et antichrèse. — Le nantissement immobilier. — Le mort-gage et le vif-gage. — Droit canonique et droit coutumier. — Antichrèse et rahnia. — Conditions de forme. — Publicité. — Privilège. — Jouissance des fruits.

Affectation d'un bien spécial à la garantie d'un seul créancier, à l'exclusion du droit de gage géné-

ral que fait naître toute obligation sur le patrimoine du débiteur, ne privant pas ce dernier de la possession et de la jouissance de l'immeuble ainsi grevé, démembrement du droit de propriété dont elle suppose une analyse raffinée et subtile, puisqu'elle en détache deux éléments, le droit de préférence et le droit de suite, l'hypothèque exige pour sa conception un développement juridique fort avancé et une connaissance profonde des nécessités économiques. Qu'on songe à la longue évolution qu'ont traversée les sûretés réelles dans les civilisations antiques de la Grèce et de Rome, avant d'aboutir aux instruments de crédit que nous utilisons nous-mêmes aujourd'hui ; qu'on se souvienne de l'éclipse qu'elles subirent pendant toute la période d'incubation de notre droit moderne, et des grossiers moyens de garantie réelle qu'employaient nos ancêtres du Moyen âge, et l'on n'aura pas lieu d'être surpris de l'état actuel des procédés en usage dans les populations de civilisation musulmane, restées, on peut le dire, au point de vue juridique, aux notions courantes au temps de la révélation de leur loi religieuse.

Certes, à l'époque de sa promulgation, cette législation d'origine divine constituait un immense progrès sur les coutumes primitives des pays qu'elle soumettait à son application. Devançant même notre Code civil, le droit coranique proclamait la souveraineté de la simple volonté, suffisante à assurer la perfection des contrats. La vente était déclarée irrévocable dès l'instant où vendeur et acheteur tombaient

d'accord sur la chose et le prix. Mais c'était là une réforme plus théorique que pratique. Incapables de l'analyse délicate du droit de propriété dont nous affirmions la nécessité, il y a un instant; n'en sentant d'ailleurs pas le besoin tant que le crédit n'ouvrait pas à l'activité humaine le champ d'exercice qu'il lui offre aujourd'hui, les juristes arabes ne s'élevèrent jamais à la conception d'un instrument de sûreté réelle autre que le gage mobilier ou immobilier, impliquant, sinon la mainmise du créancier sur le bien affecté, tout au moins la dépossession effective du débiteur.

Avec l'importance capitale que nous indiquions au cours du dernier chapitre, la prohibition du prêt à intérêt contribua, dans une large mesure, au maintien de ces garanties dans cet état de complète immobilité. Tout en restant dans les strictes limites des règles coraniques le créancier gagiste peut, en effet, retirer du bien qui lui est confié, outre l'assurance de son remboursement, un avantage résultant de son usage sans détérioration (1). Ainsi se justifie, dans une certaine mesure, l'intérêt qui le pousse à rendre un service à son prochain, en l'absence même de toute stipulation. L'hypothèque, au contraire, sous sa forme actuelle, se conçoit difficilement sans l'adjonction d'intérêts au profit du prêteur et la violation ouverte de la proscription coranique.

---

1. Abou Hanifa. Van den Berg, *loc. cit.* R. A. 1893, 1, p. 97.

Jointes à l'atonie économique des populations algériennes, ces raisons expliquent suffisamment, qu'ignorant complètement l'hypothèque moderne, nos indigènes musulmans, imitant les Grecs primitifs et les Romains des premiers siècles, ne pratiquent entre eux que le gage immobilier proprement dit et la vente à réméré ou du moins un procédé qui s'en rapproche fort. Mais ces institutions sont elles-mêmes fort distinctes de celles qu'autorise la rigueur du Livre sacré. C'est pourquoi nous aurons, dans le présent chapitre, consacré au nantissement et dans le prochain, où nous traiterons de la vente à réméré, à examiner sucessivement ces deux contrats sous la forme qu'ils revêtent dans les gloses des commentateurs orthodoxes, et dans les modifications qu'y ont apportées les coutumes locales algériennes.

Section I

Le Nantissement d'orthodoxe

Si le prêt gratuit est recommandable, si Dieu bénit celui qui vient au secours de son frère dans la gêne, s'il prescrit de ne rien recevoir au delà de ce qu'on a donné, il ne souhaite pas, pourtant, laisser le créancier généreux désarmé en face de la mauvaise foi possible d'un débiteur ingrat. Qu'au jour fixé pour la restitution ce dernier affirme n'avoir rien touché des mains de celui dont il est l'obligé, son bienfaiteur sera-t-il privé de tout recours contre lui ? Comment donc assurer la garantie qui lui est nécessaire ? Comment le prémunir contre l'insolvabilité ou la

malhonnêteté éventuelle de son débiteur ? Une seule conception peut germer dans l'esprit d'un législateur primitif. Que le créancier exige de son emprunteur la remise d'un bien lui appartenant, qu'il se fasse mettre en possession d'un de ses immeubles, qu'il le conserve jusqu'au jour où il rentrera lui-même en la possession de la chose prêtée et restitue alors intact le gage qui lui aura été confié.

Mais plus que ce rôle de garantie que nous avons coutume de lui attribuer, et que n'a pas eu en vue le Prophète, le gage jouera celui de témoin. Pour qui connaît l'importance qu'attachent les musulmans à la preuve testimoniale, la recommandation du Coran semble toute naturelle. Il prend soin d'énumérer minutieusement les précautions qui doivent accompagner toutes les transactions. Faites appel, dit-il, à un écrivain, qui transcrive sur des tablettes l'objet de votre convention et le nom des témoins qui vous ont assisté. De la sorte, la preuve en sera facilitée et il sera aisé de recourir plus tard à leur témoignage. Qu'aucun croyant, prié de remplir ce ministère, ne s'y refuse, car l'écriture est un don du Seigneur. A défaut d'écrivain, contentez-vous de la présence de témoins. Enfin, si vous êtes dans l'impossibilité absolue de vous en procurer il y aura lieu à livraison de gage, « il faut des gages livrés » pour remplir la place des témoins absents (1).

Cette notion du nantissement-témoin est fort ingénieuse et dispense, en effet, de toute discussion, au

1. Coran. Ch. II, vers. 282.

cas où s'élève la moindre contestation entre prêteur et emprunteur concernant le montant ou la valeur du prêt. En dépit des dénégations de mon débiteur, je trouve ainsi dans la loi, un facile moyen d'assurer l'accomplissement intégral de l'obligation qu'il a contractée envers moi. Qu'il me soit redevable, par exemple, d'une somme de 2.000 dinars, prix d'un objet que je lui ai vendu, et nie le montant de ma créance, affirmant au contraire n'être mon débiteur que de la moitié du prix réclamé. Si, suivant les préceptes du Livre sacré, j'ai pris le soin de faire rédiger par lui-même, ou sous sa dictée, un acte contenant la reconnaissance de sa dette, j'aurai vite raison de sa prétention. Mais, à défaut même d'un pareil écrit, je ne serai pas encore désarmé si j'ai obéi aux textes saints : si, conformément à leurs termes, j'ai exigé de lui la remise d'un gage. Si j'ai réussi à me faire mettre en possession d'une maison lui appartenant et que des experts évalueront à la somme de 2.000, il sera fatalement voué à l'échec. Le gage parlera assez haut pour moi, il dira qu'il n'est pas admissible qu'un homme, sans être poussé par le besoin, ait accordé un gage de 2.000, alors qu'en réalité il ne devait que 1.000. Jointe à l'affirmation que je ferai sous serment du montant de la somme qui m'est due, la présence du gage entraînera, en ma faveur, la solution du litige (1).

Simple garantie, témoin de la valeur, le nantisse-

1. Khelil (trad. Seignette), n° 426.

ment immobilier, dont les règles sont les mêmes que celles du gage mobilier, ne peut, en vertu du principe de la gratuité du prêt, conférer à celui qui le détient le moindre avantage. Vienne l'heure de l'échéance c'est intact qu'il doit le restituer. Ces principes dominent toute la matière du nantissement orthodoxe dont nous allons maintenant successivement examiner les conditions de validité et les effets.

Quand l'envoyé de Dieu formulait cette règle « il faut des gages livrés », il ne prévoyait pas les difficultés auxquelles donneraient lieu ces simples mots et les controverses qu'ils soulèveraient parmi les savants docteurs de l'Islam. Faisait-il donc de la mise en possession du créancier une condition essentielle, *sine qua non*, de la validité de la convention ; ou bien, fidèle à sa théorie de la perfection du pacte purement consensuel, la considérait-il comme une formalité surérogatoire, nécessaire seulement à donner au contrat la touche finale ? Seul, des grands imams, Hambal, dont les adeptes sont relégués aux confins de l'Asie Méridionale, dans les Indes hollandaises, soutient que la mise en possession du créancier est exigée pour la validité même de la constitution. Moins intransigeants se montrent les autres chefs d'école, et en particulier Malek, dont nous suivons, en principe, l'enseignement (1).

1. Tohfat n° 233. Khelil (trad. Seignette), n° 385. Les hanéfites sont pourtant plus rigoureux que les malékites. Cf. *Préceptes* (Goguyer), n° 60. En Tunisie le transfert s'opère par simple remise du titre de propriété.

Quelle portée le Prophète entendait-il donc donner à sa formule : « Il faut des gages livrés » ? Il voulait, sans doute, simplement, exprimer cette idée que le gage, étant destiné à donner au créancier une sûreté pour la restitution de son obligation et venir témoigner de la valeur de son droit, il importait que le débiteur ne pût à son gré, en en gardant la libre disposition, modifier la nature même du bien affecté et spolier ainsi le créancier confiant.

Ce qui le prouve bien, c'est que les jurisconsultes, à côté de la tradition, du transfert en la possession du créancier, admettent parfaitement la consignation de l'immeuble grevé aux mains d'un tiers détenteur, offrant ainsi une garantie sérieuse au débiteur qui pourrait craindre de la part de son créancier des manœuvres inverses de celles qu'on redoute de lui-même (1). Mieux vaut donc parler de la dépossession du débiteur comme condition de la validité du gage que d'exiger la mainmise du créancier. Il est d'ailleurs un cas où cette mise en possession ne souffre aucune difficulté. C'est celui où le créancier, devenu gagiste, occupe déjà l'immeuble garant de sa créance à un autre titre, s'il en est, par exemple, déjà le locataire, le fermier ou l'associé pour la culture de son débiteur actuel. Par une sorte de tradition *brevi manu* il sera alors réputé avoir transmis la possession de son immeuble au propriétaire, pour la recevoir en sa nouvelle qualité de créancier gagiste (2).

1. Tohfat, n° 232. Khelil (trad. Seignette), n^{os} 393 et suiv.
2. Tohfat, n° 234. Khelil (Seignette), n° 378. Cf. Pothier. *Du nantissement*, n° 8.

Dire que le consentement seul suffit à donner au contrat de gage toute sa validité, en d'autres termes, qu'il constitue un contrat consensuel plutôt qu'un contrat réel, c'est affirmer un principe dont la portée est plus théorique que pratique. Tant que le pacte reste à l'état de simple accord de volontés, il ne revêt nullement la forme qui permet de le distinguer de tout autre contrat analogue. Seul le transfert de la possession lui donnera son allure définitive, consacrera sa perfection, non seulement au regard des tiers, car la loi musulmane est complètement ignorante d'une distinction de ce genre, mais surtout entre les parties. Nous en trouvons la démonstration irréfutable dans les conséquences qu'ont tirées les commentateurs des événements matériels ou judiciaires survenus au débiteur avant la remise du bien au créancier, et nonobstant même toutes les diligences qu'aurait tentées ce dernier pour obtenir le transfert de l'immeuble en sa possession.

Par le fait seul de la convention, de la promesse faite et acceptée de la constitution du gage, le créancier acquiert immédiatement un droit réel sur l'immeuble affecté. Il peut le revendiquer entre les mains du débiteur lui-même, et le contraindre à lui en faire sinon la tradition à lui-même, tout au moins à en remettre la détention en mains tierces. Mais qu'avant ce transfert, le débiteur devienne insolvable et que les autres créanciers poursuivent et obtiennent devant le *cadi* (juge) la déclaration judiciaire

de cette insolvabilité ; que le constituant vienne à décéder avant cette transmission ou que sa raison se soit égarée au point de nécessiter son interdiction, le créancier est, par là même, déchu du droit d'exercer contre le débiteur son action en revendication de possession (1). Il y a là certainement une anomalie, une contradiction dont les commentateurs ne paraissent nullement s'être rendu compte. Prétendre que la convention suffit à elle seule à nouer le lien juridique entre le constituant et le gagiste, indépendamment de toute manifestation matérielle, positive, de volonté, c'est enlever toute importance à la tradition effective, c'est dire que c'est là une formalité supplémentaire, destinée à donner au créancier une garantie plus complète. Mais affirmer d'autre part, que le fait même pour le débiteur de tomber en déconfiture, de décéder ou d'être déclaré en état d'interdiction, fait perdre au créancier le fruit de sa promesse, alors même qu'il aurait, de son côté, fait toutes les diligences requises pour assurer la dépossession du débiteur, c'est formuler un principe absolument inconciliable avec la règle précédente.

Comment expliquer cette contradiction ? La plupart des arguments qu'invoquent les glossateurs, soutenables en faisant l'application à un seul des cas envisagés, perdent toute valeur quand on cherche à

1. Khelil (trad. Seignette), n° 389, trad. Perron, t. III, p. 523.

l'étendre aux autres. On en est donc réduit à des hypothèses. Il est probable que, conscients des difficultés d'application pratique auxquelles se heurterait la notion subtile de la perfection de la simple volonté, les commentateurs ont voulu assurer la manifestation précise et indiscutable de la convention de gage par la mise en possession du créancier. Peut-être même n'ont-ils pu s'élever aux déductions logiques qu'impliquait l'adoption du principe, et n'en ont-ils pas tiré les conséquences qui s'opposaient à leur conception formaliste, positive, de juristes primitifs repoussant d'instinct toutes les fictions sortant du domaine de la réalité tangible. D'aucuns y voient enfin, et cette hypothèse offre toutes les apparences d'être la véritable, le fruit des divergences des commentateurs et une sorte de compromis, de véritable transaction, entre leurs opinions discordantes (1).

Toujours est-il qu'aux raisons que nous exposions en tête de ce chapitre, cette nécessité, théorique ou pratique, de la mise en possession, vient en ajouter une nouvelle contre l'adoption de l'hypothèque par les jurisconsultes musulmans. Comment, en effet, imaginer les adeptes d'une loi d'origine révélée, où Dieu aurait prescrit à son peuple, par la voix du Prophète, de constater ses transactions par la livraison de gage, écartant les conséquences de ce commandement et autorisant la constitution de sûreté

---

1. Morand. *Cours de droit musulman. Du gage.*

réelle, en l'absence de toute tradition effective du bien affecté du débiteur à son créancier ?

Impliquant tôt ou tard une aliénation éventuelle au cas de non-paiement de la dette garantie, la constitution d'un nantissement exige chez son auteur la libre disposition de la chose engagée et la capacité de l'aliéner (1). C'est dire que seul le propriétaire jouit de la faculté d'affecter ses immeubles à la sûreté réelle de son créancier et qu'il doit, pour ce faire, être en possession de toutes les conditions que la loi musulmane exige de la personne pour aliéner ses immeubles ; savoir : être majeur, sain de corps (2) et d'esprit, agissant personnellement ou par l'intermédiaire d'un mandataire ayant reçu pouvoir spécial à cet effet (3).

Contrat accessoire, ayant seulement pour but d'assurer le créancier contre l'inexécution de l'obligation contractée enver lui par le débiteur, le nantissement est entièrement subordonné aux conditions de validité ou de nullité et de la créance. Il subit le sort du contrat principal et, s'il vit avec lui, sa mort, son inexistence entraîne également la sienne (4). Or, fréquentes sont les causes de nature à vicier le contrat principal. Que le prix d'une vente soit garanti par la transmission d'une terre ou d'une maison aux mains du créancier, et que

1. Khelil (trad. Seignette), n° 368.

2. *Préceptes de la loi* (Goguyer), n° 65. La maladie, entraînant la mort, est en droit musulman une cause d'incapacité.

3. Abou Hanifa. Van den Berg. R. A., 1893.1.95.

4. Khelil (trad. Seignette), n° 386, trad. Perron, III, p. 523.

cette vente soit déclarée infectée d'un vice fondamental, la nullité rejaillit sur le nantissement et il est immédiatement résilié. Si, créancier d'une somme exempte de sûreté et sollicité par mon débiteur de lui consentir une nouvelle avance, je n'accède à son désir que contre l'affectation d'un de ses immeubles à l'ancien et au nouvel emprunt, la convention entière sera entachée de nullité (1). Enfin, qu'un débiteur éventuel confie un de ses biens aux mains d'une personne lui promettant un prêt réalisable dans un avenir plus ou moins éloigné, une ouverture de crédit par exemple, le caractère aléatoire de ce pacte en entraînera la nullité et, avec elle, celle du gage accordé.

A côté des conditions de fond du nantissement considérées dans leurs rapports avec le constituant et la créance garantie, il faut envisager maintenant l'immeuble affecté et, pour lui encore, les conditions requises procèdent de la même source. Seuls sont susceptibles d'être l'objet d'une affectation les immeubles placés dans le commerce, capables, par conséquent, d'être librement aliénés, puisque l'aliénation est le but éventuel, sinon fatal, du nantissement. Or, si les causes d'inaliénabilité des immeubles sont moins fréquentes que celles des meubles, il en est une qui frappe nombre de biens de propriété privée et qui, tout au moins dans la rigueur des prescriptions pri-

---

1. *Ibid.* Cf. *contra* Charani, *op. cit.*, p. 83. Comp. article 2082. C. C.

mitives, interdit absolument, non seulement leur aliénation définitive, mais même la constitution sur eux de droits réels. Nous voulons parler des biens ayant fait l'objet d'une constitution de habous. Ils consistent, la plupart du temps, en immeubles dont le constituant conserve l'usufruit et dont il attribue la nue propriété à une œuvre religieuse, à une fondation pie, quand la lignée des descendants qu'il désigne aura disparu. Placés ainsi hors du commerce les biens habous ne peuvent pas plus être vendus que donnés en nantissement (1).

L'indivision fréquente chez les musulmans, par suite de la complexité extraordinaire de leur régime successoral, donne un intérêt particulier à la question de savoir si le propriétaire d'une terre indivise peut constituer sur elle un droit réel reconnu par la loi coranique. Envisageons au préalable une hypothèse voisine, illustrant l'obligation de la dépossession du débiteur propriétaire d'un immeuble, et qui désire en affecter une partie seulement à la sûreté de son créancier. Cette combinaison, parfaitement licite, ne l'autorisera pourtant pas à conserver la détention de son bien. Il devra la transférer aux mains du créancier ou d'un tiers consignataire. Il n'y

1. Nous verrons plus loin (IIe partie, ch. I) l'effet des lois françaises sur cette inaliénabilité qu'elles ont supprimée, mais que les musulmans respectent, pour la plupart, en pratique. Comp. Code civil ottoman, art. 702. Padel et Steeg. *La législation foncière ottomane*, p. 152. Comp. Alger, 1er mai 1877. B. J., 84. 207.

a là qu'une conséquence rationnelle de l'indivisibilité du gage (1).

Il en est autrement, quand le débiteur, au lieu d'être le maître unique de l'immeuble, en partage la propriété avec un copropriétaire. En pareil cas, il pourra valablement constituer un nantissement sur sa part en mettant simplement son créancier en ses lieu et place, sans même avoir besoin, pour cela, de recourir au consentement de son copropriétaire. De quoi, en effet, se plaindrait ce dernier ? Ses droits et ses prérogatives ne sont en rien atteints ; il conserve la faculté de jouir de sa portion, d'exercer sur elle tous ses droits personnels et d'en disposer à son gré en en demandant la vente ou le partage (2).

Enfin, pour montrer une fois encore l'amour des commentateurs pour la complication, citons cette hypothèse qu'ils prévoient pour la condamner et la frapper de nullité. Supposons Ali et Zeyd copropriétaires indivis pour moitié chacun d'une maison. Zeyd affecte sa part en garantie de la créance que lui consent Amr et tous deux conviennent d'en confier la garde aux mains d'Ali. Mais ce dernier, à son tour, devient le débiteur de Amr et lui donne en gage sa moitié indivise, en stipulant que Zeyd en sera le

---

1. Tohfat, V. 242. Khelil (trad. Seignette, nos 375 et suiv. trad. Perron, p. 515. Charani, *op. cit.*, p. 82. *Choix de préceptes* (Goguyer), no 68.

2. Tohfat, V. 244. Khelil (trad. Seignette), no 375, trad. Perron, III, 515. *Contra*. Abou Hanifa, Van den Berg. R. A., 1893, I, p. 95, Charani, *op. cit.*, p. 82.

gardien. Le contrat est nul car nous arriverions, en le validant, à donner à un débiteur la possession intégrale du gage (1).

Lorsque sont réunies toutes les conditions requises pour la validité du nantissement, quels vont être les effets produits par ce contrat ? C'est naturellement du côté du créancier seul qu'ils doivent être envisagés, puisque c'est à son égard seulement qu'il fait naître des droits et des obligations. Et tout d'abord ces droits consistent dans la faculté de rester détenteur de l'immeuble engagé jusqu'à parfait paiement, d'en poursuivre la vente, lorsque le débiteur refuse ou est dans l'impossibilité d'acquitter son obligation à l'échéance, enfin de se faire payer sur le prix produit par l'expropriation par préférence aux autres créanciers. Reprenons successivement dans le détail ces trois propositions, et voyons dans quelle mesure le créancier peut être autorisé à jouir des fruits.

C'est dans le droit de rétention, dans la faculté de conserver l'immeuble entre ses mains jusqu'à paiement de la dette, que le créancier trouve la garantie la plus sérieuse de son droit. C'est pourquoi le législateur proclame la nécessité de la livraison, de la mise en possession du créancier et que tous les événements, de nature à empêcher la tradition effective, mettent obstacle à l'exercice des droits du créancier. Mais cette détention indispensable à

1. Khelil (Seignette), n° 377.

la perfection du contrat, dès son origine, doit se prolonger jusqu'à son issue définitive et, privé de la possession, le créancier perd du même coup, tous les avantages spéciaux que lui conférait la convention. Il redescend au rang de tous les autres créanciers qui ont simplement suivi la foi de leur débiteur (1). Il importe cependant d'établir une distinction entre les causes de dépossession du détenteur. Qu'il perde sa situation privilégiée quand la dépossession provient de son propre fait, quand il aura, par exemple, consenti à ce que le débiteur rentre en possession de son immeuble, même en qualité de simple détenteur précaire, à titre de locataire ou de fermier, rien de plus naturel. Il se prive, en effet, volontairement de la garantie qu'il s'était fait donner, et se met dans l'impossibilité d'exercer le principal effet du contrat : la rétention effective (2). Mais qu'un tiers réussisse à le déposséder, qu'il usurpe le champ qu'il cultivait ou qu'il exerce contre lui une action en revendication, aboutissant à la reconnaissance de son droit de propriétaire, le créancier ne saurait équitablement souffrir d'un état de choses qu'il n'a pas provoqué. Dépossédé par violence, il se fera justice à lui-même ; il lui sera permis d'expulser, au besoin par la force, l'usurpateur qui s'est emparé de son domaine. Il pratiquera

---

1. Comp. Code civil. Art. 2076, 2082, 2087.

2. Khelil (trad. Seignette), n° 388, trad. Perron, III, p. 524. *Contra* Charani, p. 83.

le droit d'*afar*, que lui donne la loi lorsque son titre offre un caractère incontestable (1). Si le tiers, au contraire, a agi dans la limite de la légalité, c'est le débiteur constituant auquel incombera seul la responsabilité de l'événement et il en devra réparation : ou bien en restituant immédiatement au créancier le montant de son obligation, ou en affectant à sa garantie un nouvel immeuble équivalent au premier.

Jusqu'au paiement intégral de la dette l'immeuble reste affecté à la garantie de la créance. Le débiteur qui s'acquitte par fractions n'a pas le droit d'exiger une libération proportionnelle du gage, même si ce dernier, au lieu de consister en un immeuble unique, porte sur plusieurs maisons ou sur plusieurs domaines. Quels que soient la nature et le nombre des objets nantis, le nantissement offre toujours un caractère d'indivisibilité irréductible (2). Il n'y aurait exception qu'au cas où, au lieu d'être en présence d'un seul débiteur, nous en trouverions plusieurs redevables d'un même créancier : le paiement par l'un d'eux de sa portion de dette lui ouvrirait le droit à

---

1. Même si l'usurpateur a un droit préférable au sien. Il a eu tort d'employer la violence, quand la voie judiciaire lui était ouverte. Cf. Khelil (trad. Seignette), n° 391.

2. C'est dire que chaque fraction de l'immeuble répond du paiement intégral de la dette et que tout le gage est affecté à l'acquittement de chaque portion de la créance garantie. Cf. Tohfat, v. 245. Khelil (trad. Seignette). n° 423, trad. Perron. III, p. 556. Abou Hanifa, *loc. cit.* Comp., C. c., art. 2083-2090.

la restitution de sa part dans l'immeuble engagé. Si, réciproquement, plusieurs créanciers d'un même débiteur ont obtenu de lui une affectation immobilière, celui qui sera complètement désintéressé devra se dessaisir de sa portion de gage entre les mains du débiteur libéré.

Impayé à l'échéance de sa créance, le nanti a-t-il le droit de s'approprier l'immeuble et de transformer son titre de possesseur précaire, de simple détenteur en celui de propriétaire incommutable? A-t-il le droit d'insérer cette clause dans le contrat initial d'engagement ? Non. Comme en droit français moderne, le pacte commissoire est interdit en législation musulmane, en raison des dangers considérable qu'il présente pour le débiteur, et de la différence souvent énorme entre le montant de la créance et la valeur de l'immeuble affecté à sa sûreté (1). Pour arriver à l'exécution de l'obligation de son débiteur le créancier n'aura qu'une ressource, d'ailleurs fort appréciable, celle de procéder à la vente de l'immeuble. Pourra-t-il le faire seul, ou cette vente nécessitera-t-elle l'intervention de la justice, du cadi ? Il faut à ce sujet distinguer, en éliminant tout d'abord le cas théorique où l'immeuble a été remis en consignation à un tiers, chargé de le conserver et de le vendre.

Si, lors de la convention initiale ou par un accord intervenu ensuite entre le constituant et le créan-

---

1. Tohfat, v. 246. Comp., C. c., art. 2088.

cier, ce dernier a été autorisé à procéder lui-même à l'aliénation de l'immeuble, le simple fait de l'arrivée du terme fixé pour l'échéance, sans paiement, suffit à lui permettre de provoquer la vente. Remarquons cependant que certains auteurs exigent, pour le cas où l'autorisation aurait été donnée par une clause spéciale du contrat de nantissement lui-même, que le créancier fasse part de son intention d'exécuter l'immeuble au débiteur, et c'est seulement sur l'adhésion formelle ou tacite résultant de son silence, qu'il est autorisé à poursuivre l'aliénation (1).

En toute autre hypothèse, en l'absence de toute convention spéciale contemporaine du nantissement, ou postérieure, le créancier ne peut recourir à la vente qu'en obtenant l'assentiment du débiteur, ou à son défaut, en sollicitant du magistrat l'autorisation d'y faire procéder (2). La distribution des deniers qu'elle produit se fait entre les créanciers du propriétaire, et donne lieu au prélèvement par privilège de la somme dûe au créancier nanti poursuivant, le gage étant une des seules causes de privilège que reconnaisse le droit musulman, qui le place même avant le privilège du vendeur impayé.

Outre ces droits qu'acquiert le créancier par

---

1. Abou-Hanifa admet, au contraire, que le contrat peut contenir autorisation irrévocable de vendre (Van den Berg, *loc. cit.*)

2. Tohfat. v. 241 et suiv. Khelil. (trad. Seignette) n° 407 à 409. Comp. C. c. art. 2078.

le fait seul du contrat de gage, des clauses spéciales peuvent en stipuler d'autres, et le plus fréquent est la jouissance des fruits, des revenus de l'immeuble, par le créancier. Qu'il profite des revenus, qu'il jouisse de l'immeuble en le cultivant à son profit, mais en déduisant ces fruits, ces revenus, du montant de la créance, rien de plus licite, et le débiteur ne peut qu'être heureux de ce procédé qui lui est offert de se libérer sans bourse délier. Mais que le créancier exige que les fruits, les revenus, deviennent sa propriété, sans que la dette subisse une diminution équivalente, c'est stipuler, en somme, de véritables intérêts, c'est tourner la prohibition que nous exposions dans le chapitre précédent, et nous ne sommes nullement surpris de trouver dans les commentateurs la condamnation de cette clause, quand la créance garantie provient d'un prêt de consommation, d'un *mutuum*, gratuit par essence. C'est là une conséquence évidente du principe et les glossateurs, désireux de poursuivre l'usure sous toutes les formes qu'elle peut revêtir, ne manquent pas de prévoir la combinaison d'un prêt et d'un gage avec jouissance de fruits, pour l'interdire sauf, naturellement, si ces derniers s'imputent sur le capital (1). Toute créance ne procède cependant pas nécessaire-

---

1. Tohfat. v. 239 et et suiv. Khelil (trad. Seignette) n° 398. Perron, III. sect. III. § 3. Comp. C. c. art. 2085, al. 2. Un arrêt de la Cour d'Alger du 27 mai 1875 (J. A. 1875.29. J. R. 75.196) applique ce principe.

ment d'une source unique : le prêt. Ainsi s'explique que les orthodoxes s'accordent à autoriser la perception gratuite des revenus quand l'immeuble a été affecté, par exemple, à la garantie d'une somme due pour paiement d'un prix d'acquisition, et que la jouissance en est autorisée seulement pour une période nettement déterminée. Le vendeur accordant un terme à son acquéreur, peut donc parfaitement stipuler du nouveau propriétaire la continuation de la jouissance de l'immeuble jusqu'au paiement du prix convenu. Il y a là combinaison d'une vente et d'une location, convention licite à condition qu'elle soit contemporaine de la vente (1). Si elle lui était postérieure, au contraire, elle constituerait un avantage accordé au vendeur, qui, s'en étant remis d'abord à la foi de l'acquéreur, serait alors simple créancier, n'ayant pas la faculté d'obtenir par la suite une amélioration de son sort.

Assorti de droits importants, le nantissement fait également naître à la charge du créancier un certain nombre d'obligations à l'examen desquelles nous allons maintenant passer. Détenteur de l'immeuble, la charge de l'entretien lui en incombe ; il ne doit pas le laisser dépérir, permettre que la terre labourée retourne à l'état de friche, que les arbres composant le verger affecté meurent par manque de soins. Il lui faut, pour employer l'expression consacrée en droit français, apporter à l'immeuble les soins d'un bon

1. *Ibid.*

père de famille. A l'échéance, quand le débiteur est assez heureux pour pouvoir s'acquitter, le gage doit revenir intact entre ses mains.

Le créancier n'est pourtant astreint à ces obligations que sous la condition qu'elles ne porteront pas atteinte à sa situation, et qu'il ne trouvera pas dans cette détention une source de ruine au lieu d'une garantie sérieuse. Sans pouvoir prétendre par des améliorations ou des dépenses utiles, mais non indispensables, mettre le débiteur dans l'impossibilité d'en acquitter la plus-value et de rentrer en possession de sa propriété, il est juste que le créancier ait droit au remboursement des dépenses faites uniquement en vue de la conservation de l'immeuble en bon état d'entretien (1). Certes, il a comme le débiteur lui-même un intérêt évident à maintenir le bien en une condition telle que, le cas échéant, la vente lui garantisse un paiement intégral, mais celui du débiteur est encore plus considérable. Les dépenses ainsi faites lui profitent en sa qualité de propriétaire, et on ne comprendrait pas qu'il pût, grâce à elles, s'enrichir indûment aux dépens du détenteur.

Quelle va être la nature de cette créance accessoire ainsi née au profit du créancier ? Va-t-elle, comme la principale, bénéficier du privilège qui y est attaché, ou n'être qu'une simple créance ordinaire dépourvue de tout avantage ? L'accord ne s'est

1. Khelil (trad. Seignette) n° 410. Perron, III, p. 545, Abou-Hanifa (Vanden Berg.) *loc. cit.*, p. 99. Comp. C. c. art. 2080 2086.

pas fait, sur la matière, entre les différents commentateurs. Cependant ils s'entendent à reconnaître que si les dépenses offraient un caractère d'urgence tel, qu'en leur absence, l'immeuble eût péri ou eût subi une détérioration considérable, la créance en serait assortie d'un privilège. Entrent par exemple dans cette catégorie, l'établissement de conduites destinées à l'arrosage d'arbres que le manque d'eau aurait condamnés à une mort certaine, la réfection ou la consolidation d'un mur qui menaçait ruine, etc., etc. En toute autre hypothèse, la créance n'aurait droit à un traitement privilégié qu'en vertu d'une clause formelle du contrat (1).

Obligé de restituer l'immeuble intact à l'échéance quand le débiteur s'acquitte envers lui, le créancier peut se trouver dans l'impossibilité de le faire pour une cause indépendante de sa volonté. La maison qui lui avait été confiée a été détruite par un incendie ; un tremblement de terre l'a jetée à bas ; une violente tempête a déraciné les arbres du verger. Quelles vont être les conséquences de ces événements ? La question revient à se demander à qui incombent les risques de l'immeuble ? Au débiteur qui est resté propriétaire ou au créancier simple détenteur ? Les immeubles, appartenant à cette catégorie de biens que les jurisconsultes musulmans appellent les biens non susceptibles d'être dissimulés

---

1. Khelil (trad. Seignette) nos 411-412, trad. Perron, *Ibid.*, p. 545-546.

aux regards (1), le créancier est dispensé d'indemniser le débiteur de sa perte, s'il fait la preuve que l'accident a été le produit d'un cas fortuit ou de force majeure. Il y a là une simple application du principe français en matière de risques, avec cette seule différence, en droit musulman, que le créancier ne pourrait, même par une clause formelle du contrat, s'exonérer de la responsabilité de son fait ou de sa faute (2).

Section II

Le Nantissement Coutumier : La « Rahnia » Indigène

Trop oublieuses de la nature humaine étaient les règles que nous venons d'exposer pour que la stricte observation en fût assurée. S'adressant à un peuple de saints plutôt qu'à des hommes guidés, en dépit de toutes les prescriptions religieuses, par le seul mobile de l'intérêt dans leurs relations économiques, il était évident que la coutume ne tarderait pas à les

---

1. C'est-à-dire toutes les choses dont la dissimulation est difficile ou impossible (animaux, esclaves, immeubles). La responsabilité du créancier en est moindre.

2. Khelil (trad. Seignette) n° 414, Charani. Abou-Hanifa, *loc. cit. Choix de préceptes* (Goguyer), n° 60. La perte totale libère le débiteur, la perte partielle le libère dans la proportion détruite. Exemple : Une maison de 1.000 garantit une créance de 500, si elle périt pour moitié, la dette est réduite à 250. Mieux encore, si le gage est prouvé avoir une valeur supérieure à la créance sa perte totale rend le créancier débiteur du surplus envers le propriétaire (Abou-Hanifa) *loc. cit.*, Comp. C. c. art. 2080 et 1302.

tourner et à les utiliser même en vue de les faire servir à la satisfaction de cet instinct. Le sort qu'a subi le nantissement orthodoxe dans les coutumes algériennes, est un nouvel exemple des conséquences contraires au but poursuivi, que produit un principe édicté au mépris de l'enseignement et de l'expérience des siècles passés.

Le nantissement, tel que l'organisent les commentateurs, dont nous exposions les règles il y a un instant, est, en effet, dépourvu de presque toute portée pratique, puisque le prêt ne pouvant porter intérêt, le créancier n'est même pas autorisé à user ou à jouir des fruits de l'immeuble qu'on lui a confié en garantie de sa créance. Pour un prêteur généreux qui, désireux de rendre service à son voisin dans la gêne, consent à lui faire une avance, quitte à récupérer son capital sur les revenus de l'immeuble engagé, combien de créanciers avides, ou simplement soucieux de leur intérêt bien compris, ne se dessaisiront du fruit de leur travail ou de leur épargne, que contre l'assurance d'en retirer un avantage sérieux. Aussi, sous le nom de rahnia, vocable tiré de l'appellation juridique du nantissement (rahn), les Indigènes musulmans d'Algérie pratiquent une opération de crédit immobilier, qui, renfermant certains des caractères de l'institution que nous analysions ci-haut, n'en diffère pas moins sur un point capital : l'autorisation donnée au détenteur de jouir gratuitement des fruits sans les imputer sur le

principal, et offre ainsi aux prêteurs un excellent moyen de faire valoir leurs capitaux.

Rappelant de très près notre antichrèse moderne, avec laquelle elle ne s'identifie cependant pas, la rahnia, sous la physionomie que lui ont donnée nos indigènes, peut alors être définie « un contrat par lequel un débiteur remet à son créancier la possession d'un immeuble lui appartenant, pour que ce dernier en jouisse jusqu'au remboursement de sa créance et, à défaut de paiement à l'échéance, le fasse mettre en vente et se fasse payer par privilège sur le prix ». Elle se réalise, en pratique, dans les conditions que nous allons maintenant rapidement exposer.

Portant presque toujours sur des sommes minimes dont elle est destinée à garantir le remboursement, la rahnia se constitue souvent par une simple convention verbale et les parties ne recourent au ministère d'un cadi ou d'un lettré (taleb) pour faire dresser acte de leur contrat, que lorsque l'opération revêt un certain caractère d'importance. Du reste, souvenons-nous que, quelle que soit la valeur en jeu, la preuve testimoniale, la seule reconnue par la loi musulmane, est toujours susceptible d'être invoquée (1), et que l'écrit n'est guère qu'un moyen de s'assurer plus tard le témoignage des personnes ayant assisté à sa rédaction. Dépourvue, par conséquent,

---

1. Cf. Alger, 9 juin 1883. B. J. 83.193. J. R. 83.401, 6 avril 1898. J. R. 99.69.

de toute mesure de publicité, on conçoit les difficultés auxquelles donne lieu la détermination précise du caractère de l'occupation d'un immeuble. Certes, le créancier une fois constitué gagiste, se met immédiatement en possession de l'immeuble affecté, mais les tiers sont dans l'impossibilité complète de savoir si c'est à titre de simple créancier gagiste ou de véritable propriétaire. Les rahnias constituent donc des droits réels occultes dont rien ne révèle aux tiers la nature exacte.

Au mépris des prescriptions coraniques la rahnia autorise, avons-nous dit, le créancier à jouir des revenus ou des fruits de l'immeuble sans avoir à en rendre compte au débiteur. Il s'établit de la sorte, comme dans l'antichrèse romaine, un véritable forfait entre les intérêts de la somme due et les revenus de l'objet engagé. Du reste sous ce forfait se cache le plus souvent, toujours peut-on même dire, l'usure la plus lourde. L'immeuble représente, en principe, une valeur plusieurs fois supérieure à celle de la somme avancée et le créancier retire de son prêt un bénéfice considérable. La meilleure des preuves réside dans le fait que le créancier consent souvent à son débiteur de nouvelles avances gagées sur le même immeuble, de façon à rendre le remboursement plus difficile et à s'assurer tôt ou tard la propriété incommutable du bien nanti. C'est ce qu'on appelle l'augment du rahnia. En présence de cette violation ouverte des purs principes juridiques, des cadis scrupuleux hésitent parfois à dresser des actes

de rahnia, mais les parties voilent alors l'opération sous l'apparence d'un tsénia (sorte de vente à réméré), qui constitue avec la première, le procédé le plus courant de nantissement immobilier de nos indigènes algériens.

Un trait non moins caractéristique de la rahnia algérienne, c'est l'absence de fixation d'une période de remboursement. L'échéance n'est presque jamais déterminée. L'opération constitue, comme nous le disions, un forfait véritable : l'échange de la jouissance d'un immeuble contre celle d'un capital mobilier. Quand le débiteur est prêt à s'acquitter, il offre au prêteur le paiement de la somme avancée, et quel que soit l'espace de temps qui s'est écoulé depuis le prêt, le créancier ne peut s'opposer à ce remboursement. Il n'est pas rare de voir des héritiers dégager après cinquante, soixante ans, un siècle même, les immeubles qu'avaient engagés leurs aïeux. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'à toute époque de l'année, le débiteur soit libre d'offrir, et le détenteur contraint d'accepter le remboursement et de délaisser l'immeuble. Le débiteur aurait ainsi un moyen trop facile de s'enrichir au détriment du créancier. Il suffirait pour cela qu'il exigeât la restitution de l'immeuble, juste au moment où le créancier allait procéder à la récolte des produits qu'il aurait plantés ou semés. Aussi les coutumes locales ont-elles déterminé soigneusement les époques, variables suivant la nature des immeubles engagés, où pourra être exercée la faculté de remboursement et de reprise. Quand

aucune échéance n'a été fixée dans la convention primitive, et nous savons que c'est le cas habituel, le créancier, de son côté, jouit aussi de la faculté de mettre le débiteur en demeure de se libérer de sa dette, sous peine de voir son immeuble vendu par voie de justice. La coutume locale s'est également préoccupée de protéger le sort du débiteur, en limitant à certaines époques fixées par avance l'exercice de ce droit.

Le débiteur qui a ainsi engagé sa terre, n'est pas, pour cela, déchu de tout pouvoir sur elle. Il conserve, au contraire, la liberté d'en disposer à titre gratuit ou onéreux sans même solliciter l'autorisation du créancier. Il est vrai que les prérogatives de ce dernier ne sont nullement diminuées, puisque l'acquéreur est contraint de respecter le droit réel constitué sur l'immeuble, et ne peut le libérer qu'en désintéressant le créancier. Celui-ci, à son tour, jouit de la faculté de céder à un tiers son droit de rahnia, de le le subroger à lui, mais il doit à cet effet, obtenir l'autorisation du débiteur.

L'échéance arrivée, ou à son défaut, le refus par le débiteur d'exercer la reprise de l'immeuble engagé quand il en est sommé par le détenteur aux époques fixées, ouvre au créancier le droit de poursuivre à son encontre la vente de l'immeuble. Elle a lieu aux enchères sur l'ordre du cadi, et le créancier rahnitaire est payé par préférence sur la distribution qui est faite du prix.

Section III

Nantissement, mort-gage et antichrèse

Sans remonter aux civilisations antiques et suivre dans le droit grec et dans le droit romain l'évolution du nantissement immobilier depuis le contrat d'aliénation fiduciaire jusqu'à l'hypothèque, nous trouvons dans le développement de l'institution de l'antichrèse en France, une marche presque symétrique à celle que nous venons de signaler dans le droit musulman. Mais tandis que, progressiste, notre droit arrivait dès le XIII^e^ siècle, à la conception grossière, il est vrai, mais contenant en germe les procédés modernes, de l'hypothèque, le droit coranique en est resté au moyen archaïque du gage proprement dit.

Comme dans toutes les civilisations primitives, le premier mode de crédit réel qu'imaginèrent les Germains fut le nantissement, la tradition de l'objet garantissant le prêt, aux mains du créancier qui promettait, par stipulation spéciale, de le restituer au remboursement de son avance. D'abord réservée aux meubles seuls susceptibles d'appropriation privée, l'institution s'étendit aux immeubles quand la propriété foncière se dégagea de la collectivité pour devenir individuelle. Les anciennes formules nous ont gardé la trace de ces nantissements, souvent accompagnés de la clause commissoire donnant au

créancier la propriété incommutable de l'immeuble engagé, si la dette restait impayée à l'échéance fixée ou à l'une des périodes stipulées. (1) En outre, la clause figurant à l'origine dans tous les contrats, et autorisant le créancier à jouir de tous les fruits et revenus de l'immeuble, sans aucune diminution du capital de sa créance, était devenue sous-entendue, et la perception des fruits faisait partie intégrante de la convention de gage (2).

La perception des fruits était tellement entrée dans les mœurs que l'Eglise en prohibant le prêt à intérêt, interdiction d'abord limitée aux clercs puis étendue aux laïques, ne s'aperçut pas que la combinaison était un moyen facile d'éviter les inconvénients économiques de ses défenses. Et de fait, pendant longtemps, jusqu'au XII^e^ siècle, le mort-gage fut le procédé auquel recouraient tous ceux qui voulaient faire valoir leurs capitaux en sauvegardant le salut de leur âme. Les abbayes elles-mêmes ne dédaignaient pas de se faire consentir des engagements par leurs voisins, dont elles devenaient les véritables banquiers.

---

1. « Quod si facere noluero, tunc ipsas res quod in caucione dedi, jure proprietario in vestra faciatis revocare potestate vel dominatione perpetuali ad possidendi vel ad faciendi exinde in omnibus quidquid volueritis neminem contradicentem (Rozières, form. 377. I. 469. Cf. Esmein. *Les contrats dans le très ancien droit français*, p. 159. F. Peltier. *Le gage immobilier dans le très ancien droit français* p. 118 et ss.)

2. Cf. Glasson. *op. cit.* VII. 663. Rozières, form. 374.

Les cartulaires de Redon contiennent nombre de formules de mort-gage, stipulant que les fruits deviennent la propriété du prêteur, sans que le capital de la créance en subisse la moindre diminution (1).

Mais cet engouement pour les morts-gages ne tarda pas à déssilier les yeux des canonistes. Une rapide analyse suffit à leur démontrer qu'autoriser le prêteur à jouir de l'immeuble affecté à sa créance, c'était favoriser non seulement une usure légère, mais provoquer, au contraire, une véritable spoliation des débiteurs. Au XII^e siècle, l'Eglise se décida à proscrire le mort-gage avec la même rigueur qu'elle avait fulminé contre le prêt à intérêt. Désormais fut interdit le mort-gage (2), c'est-à-dire le contrat de nantissement, où le gage, devenu mort pour le débiteur, ne produisait de fruits ou de revenus qu'au profit du seul créancier, dont la créance restait néanmoins intégralement exigible. Les canonistes se rencontraient donc avec les glossateurs musulmans, mais, moins intransigeants que ces derniers, ils ne sanctionnaient pas par la nullité le contrat contenant la clause de mort-gage. Ils la transformaient

1. Cf. les exemples cités par Brunschwig. *Le contrat pignoratif*, p. 39 et 40.

2. Le pape Alexandre III, réserva d'abord l'interdiction aux clercs (concile de Tours de 1164) puis l'étendit aux laïques (décrétale de 1180 adressée à l'archevêque de Cantorbéry) (Brunschwig, *loc. cit.* Cf. aussi Peltier, *op. cit.*, 2^e partie, ch. II).

simplement en vif gage, c'est-à-dire en un nantissement où les fruits perçus par le créancier venaient en déduction de la créance que le contrat principal et les frais nécessaires à la mise en valeur de l'immeuble affecté, lui donnaient contre le débiteur. Enfin, la prohibition par le droit canon du pacte commissoire complétait l'assimilation entre le vif gage autorisé par les théologiens du Moyen âge et le « rahn » orthodoxe des commentateurs musulmans. Partis d'un même principe, ils étaient arrivés à en déduire les mêmes conséquences, en vue de déjouer les mêmes combinaisons.

De même que nos coutumes algériennes où le droit local se détachait de l'enseignement orthodoxe, la France de l'ancien régime était loin de suivre une règle uniforme en ce qui touchait le nantissement immobilier. Dans les provinces où le droit canonique conservait son empire, le mort-gage n'était plus usité, et il faisait place à la vente à réméré, au contrat pignoratif, que nous aurons sous peu à rapprocher de la tsénia musulmane, également employée par les indigènes scrupuleux ou plus soucieux de la lettre que de l'esprit des lois religieuses. Beaumanoir n'hésitait pas à regarder comme usuraire le contrat que « li aucuns appellent mort-gage, si comme « aucun preste une somme d'argent seur aucuns éri- « tages qui sont nommés, en tele manière que tant « comme li emprunteres tenra les deniers li preste-

« res tenra l'éritage, et seront les despucilles sienes « dusques a tant qu'il rait la somme d'argent qu'il « presta, sans rien rabatre des levées de l'éritage. « En cil cas disons nous que nul plus aperte usure « ne peut être que cele que li presteres oste des des- « pueilles de l'éritage » (1). Dumoulin reconnaissait au débiteur le droit d'exiger de son créancier compte des fruits perçus et de les déduire de sa dette (2). Loyseau proclamait que la doctrine de Dumoulin était la plus courante, bien que le contraire fût admis en droit romain (3). Laurière, annotateur de Loysel, voyait dans le mort-gage un contrat usuraire, et Pothier formulait une opinion analogue comme étant celle généralement admise dans le dernier état de notre ancien droit (4).

Mais sous l'empire de nécessités économiques de tout ordre, en face des débouchés de plus en plus nombreux et fructueux de capitaux amassés, certains Parlements, appliquant les principes de la législation romaine, surtout dans les provinces où le prêt

1. Beaumanoir (édit. Bugnet), t. II, p. 479.

2. Quest. 35, n° 260, édit. de 1681, II, p. 104.

3. *Du déguerpissement*, L. I, VII, n° 131.

4. Pothier (édit. Bugnet). *De l'hypothèque*, n° 239, vol. IX, p. 190. « En France, il est évident que la convention d'antichrèse ne peut avoir lieu dans le prêt d'argent car nos lois ne permettant pas aux créanciers de stipuler un intérêt des sommes qu'ils prêtent, c'est une conséquence que, dans notre droit la convention d'antichrèse est illicite entre ces sortes de créanciers et leurs débiteurs. »

à intérêt n'était pas l'objet d'une condamnation absolue, admettaient la convention de mort-gage sous le nom d'antichrèse. Elle l'a conservé dans notre Code civil, où elle a été insérée sur les instances de ces mêmes Parlements qui en ont demandé le maintien. C'est avec cette institution que nous allons maintenant comparer la « rahnia » mulsumane pratiquée par nos indigènes, et la comparaison offrira d'autant plus d'intérêt, que nous aurons plus tard à examiner les effets produits sur ces droits réels musulmans par le passage d'un immeuble du statut coranique au statut français. Nous ne signalerons cependant que les points sur lesquels les deux institutions se séparent, ayant pris soin, au cours de nos précédents développements, d'indiquer les ressemblances, et elles sont nombreuses, qui les rapprochent. Nous en examinerons successivement, suivant le cadre traditionnel, les conditions de validité et les effets.

Sans nous appesantir sur les différences entre la capacité requise chez le constituant, d'après le droit musulman et le droit français, question qui nous entraînerait trop loin, et qui est du domaine du statut personnel plutôt que du statut réel qui seul nous occupe, une première distinction s'impose entre la rahnia et l'antichrèse, c'est son modèle de constitution. Formel sur ce point est l'article 2085 du Code civil. L'antichrèse ne s'établit que par écrit, et, quelle

que soit la portée que l'on attache à la règle, qu'on y voie un acte requis *ad probationem* ou *ad solemnitatem* ; qu'on l'exige *inter partes* ou seulement à l'égard des tiers, une solution cependant rallie tous les suffrages : si minime que soit la valeur de l'immeuble antichrésé, la convention doit être constatée par écrit (1). Il est loin d'en être de même en droit musulman ; la preuve écrite y joue un rôle fort restreint et, en l'absence d'un acte, le témoignage est toujours recevable, que l'acte ait été ou non dressé, quelle que soit l'importance des intérêts en jeu. Les parties auraient-elles recouru au ministère d'un lettré ou d'un cadi, que leur convention n'en aurait pas acquis une force probante plus considérable, Même contre cet acte, fût-il dressé par un cadi (jouant en ce cas le rôle de notaire), la preuve testimoniale serait admissible, outre et contre son contenu, l'authenticité étant une notion complètement étrangère à la législation coranique.

Affirmer que les contrats de rahnia n'exigent nullement, pour leur validité, la rédaction d'un acte public ou privé ; constater, qu'en fait, de nombreuses

1. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité de Droit civil. Du nantissement*, t. I, n° 173. — Guillouard. *Du nantissement*, p. 218, n° 208. — Lobut, *De l'antichrèse*, p. 86 et ss. — Troplong. *Du nantissement*, n° 515. — Pont. *Des petits contrats*, II, 1228. — Aubry et Rau, IV, p. 715, § 437. — Laurent, XXVIII, n° 536. — Thézard, n° 20. — Colmet de Santerre, VIII, n° 318 *bis*.

rahnias de peu d'importance se constituent seulement par conventions verbales, c'est indiquer, par là même, que la question de publicité de ces contrats ne saurait se poser, et qu'une autre différence entre l'antichrèse et la rhania consiste dans l'obligation où est la première de voir transcrire au bureau de la conservation des hypothèques ses actes de constitution et de renonciation (art. 1er de la loi de 1855), tandis que la seconde n'y est point soumise. Des conflits innombrables s'élèvent journellement, à ce sujet, entre les deux législations et nous aurons plus tard l'occasion d'exposer les solutions qu'y a apportées la jurisprudence de la Cour et des tribunaux algériens (1).

A cette différence, visant surtout la forme, s'en ajoute une autre plus caractéristique et plus importante. L'antichrèse confère simplement à son titulaire le droit de rétention et n'est point assortie, du moins théoriquement, du droit de privilège. C'est dire que son droit est intimement lié à la détention de l'immeuble antichrésé et qu'il disparaît avec lui. Qu'il s'en dessaisisse volontairement ou non, il est privé de la sûreté qu'il constituait. Le créancier rahniataire, impayé à l'échéance, s'adresse au cadi et obtient de lui l'autorisation de vendre, fait procéder à l'aliénation et vient par préférence à la distribution

1. Cf. *infra*, IIe partie, ch. III.

du prix. La jurisprudence française attribue bien ce droit à l'antichrésiste (1), mais théoriquement il est impossible de le lui reconnaître, les privilèges, étant de droit essentiellement étroit, et ne pouvant, par conséquent, s'étendre par analogie, comme le font les arrêts précités. Les parties elles-mêmes seraient dans l'impossibilité absolue de créer par la seule volonté, un privilège sur le prix d'un immeuble par la constitution d'une antichèse, en insérant cette clause dans le contrat. Les seules causes de préférence sur les immeubles sont, en effet, les privilèges et les hypothèques (art. 2094) : elles ne peuvent être admises qu'en vertu de la loi et les parties, impuissantes à en créer directement, ne sauraient le faire indirectement par voie de nantissement (2). Que si elles veulent, d'ailleurs, constituer sur l'immeuble une sûreté donnant au créancier toute garantie de rétention et préférence, elles le grèvent d'une antichrèse accompagnée d'une inscription hypothécaire (3).

Enfin, il est un dernier point qui différencie les

1. Cass., 29 août 1865. D. P. 65. 1. 329.

2. Cf. Planiol, *op. cit.*, II, n° 2500. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit*, n° 16.

3. Cette distinction est plus théorique que pratique, puisque, en fait, le créancier antichrésiste, grâce à son droit de rétention, arrive à exercer contre les créanciers postérieurs ou le tiers acquéreur un véritable privilège en les obligeant à le désintéresser pour obtenir de lui le délaissement de l'immeuble.

deux institutions française et musulmane et vient à l'appui d'une idée que nous avons maintes fois exprimée. L'antichrèse française et la rahnia arabe admettent toutes deux que les fruits de l'immeuble sont la propriété du créancier détenteur. Mais la première soumet cette perception à certaines conditions, variables suivant la nature de la créance garantie. Cette créance a-t-elle une cause civile ? La loi du 3 septembre 1807 limite le taux maximum des intérêts que les parties ne sauraient dépasser même indirectement. C'est ce qu'implique l'article 2085, quand il dit que le « créancier n'acquiert que la faculté de « percevoir les fruits de l'immeuble à la charge de « les imputer sur les intérêts, s'il lui en est dû et « ensuite sur le capital de sa créance », et l'article 2089 qui ajoute « lorsque les parties ont stipulé que les « fruits se compenseraient avec les intérêts, ou tota- « lement ou jusqu'à une certaine concurrence, cette « convention s'exécute comme toute autre qui n'est « point prohibée par les lois ». Or, la loi déterminant l'intérêt maximum en matière civile oblige les parties à observer cette limite et exige du créancier un compte rendu annuel au débiteur, des fruits qu'il a perçus et de l'imputation qu'il en a faite. Si la créance était de nature commerciale, la convention de forfait entre fruits et intérêts serait, au contraire, parfaitement libre (loi du 12 janvier 1886) (1). La

1. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, nos 169,

coutume musulmane, elle, ignore ou veut ignorer l'existence d'un intérêt de l'argent : elle autorise une véritable antichrèse au sens originaire du mot, une contre-jouissance, l'échange de la jouissance des fonds avancés contre celle de l'immeuble engagé. Elle s'interdit de la sorte tout contrôle et toute intervention dans le taux des intérêts perçus par le créancier, et ils arrivent ainsi à atteindre des proportions usuraires que nous aurons plus tard à déterminer. La rahnia indigène a donc une affinité des plus grandes avec l'antichrèse telle que la comprenaient les Romains, qui y voyaient toujours un forfait entre le produit de la chose frugifère, fût-elle mobilière ou immobilière, et l'intérêt du capital confié au débiteur, qu'avec l'antichrèse organisée par le Code civil (1).

Les différences que nous relevons entre l'antichrèse française et l'institution musulmane à laquelle nos magistrats algériens donnent le même nom, quand ils ne recourent pas à sa qualification arabe, sont donc, en résumé, celles qui distinguent en droit français le gage proprement dit de l'antichrèse (2). Cette

---

186 et s. — Guillouard, *op. cit.*, n° 232 et les auteurs déjà cités.

1. « Obtenti majoris percepti emolumenti propter incertum fructum proventum rescindi placita non possunt » (*De usuris*, I, XVII. 4, 32). — Interdit par Justinien aux agriculteurs de Thrace (Novelle 32). — Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 164. — Guillouard, n° 197. — Lobut. III^e^ partie.

2. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n^os^ 16 et 17.

dernière pourrait plus exactement être définie un transfert de jouissance plutôt que le nantissement d'une chose immobilière, comme le dit l'article 2072 du Code civil, pour une raison de symétrie et par un emprunt superficiel à la terminologie romaine, puisque l'un des caractères essentiels du gage le droit de privilège lui fait défaut. En raison de sa possession de cette dernière qualité, nous terminerons en disant que la définition de l'article 2072 serait mieux appropriée à la rahnia musulmane, si fréquemment employée en Algérie, qu'à l'antichrèse française, dont l'usage, tout au moins sous sa forme légale, va tous les jours en décroissant (1).

1. Cf. Planiol, *loc. cit.*, n° 2506, 2507 et Lobut, *op. cit.*, III[e] partie.

CHAPITRE III

La Tsénia (quasi vente à réméré)

Sommaire

Section I. — La vente à réméré chez les auteurs orthodoxes. — Le principe : prohibition. — Causes. — Effets de la nullité. — Les exceptions. Effets de la vente à réméré.

Section II. — La tsénia indigène en Algérie, son emploi. — Caractères. — Comparaison avec la rahnia. — Différences théoriques. — Confusion pratique. — Causes. — Les auteurs musulmans. — La jurisprudence algérienne. — La circulaire de 1888.

Section III. — La tsénia et le droit français. — La tsénia et la vente à réméré. — La tsénia et l'antichrèse. — L'ancien droit français. — Vente à réméré. — Son caractère. — L'engagement ou contrat pignoratif. — Conclusion.

En stipulant sans aucune réserve, sans aucune diminution de la somme avancée, la jouissance par le créancier des revenus de l'immeuble engagé, la rahnia viole trop ouvertement la prohibition légale de l'usure, de l'intérêt, si minime soit-il, pour que les

consciences timorées sur lesquelles les principes et surtout la lettre même des textes sacrés ont un certain empire, ne répugnent pas à y recourir. Ce reste de scrupule religieux ne va pas toutefois jusqu'à leur faire pratiquer la généreuse recommandation du prophète, et, loin de consentir à leur prochain, des prêts généreux sans esprit de lucre, ils n'ont point renoncé à tirer de leur fortune un profit aux dépens des emprunteurs besogneux. Tout comme les fervents chrétiens du Moyen âge, que les prescriptions canoniques rendaient plus ingénieux à découvrir des moyens de faire fructifier leur argent sans nuire au salut de leur âme, les Musulmans ont trouvé dans la vente à réméré un procédé facile de tourner l'interdiction coranique. Vers quelque pays obéissant à la loi du Prophète, que nous nous tournions, nous la voyons pratiquée sous une dénomination ou sous une autre. Au dire de la tradition rapportée par la *Moulteka* et que reproduit le Code civil ottoman dans son article 32, l'accumulation des dettes parmi les populations de Bokharie détermina l'apparition de la vente à réméré, appelée en Turquie la *bei bel vefa* ou *firagh bel vefa* (1), aliénation comprenant au profit du vendeur la faculté de rentrer en possession de son immeuble contre la restitution du prix. En

1. Cf. Padel et Steeg. *Législation ottomane*, p. 152. — Mouradgea d'Ohsson. *Tableau de l'empire ottoman*, t. VI, p. 73. — Belin. *Législation turque*, p. 238.

Tunisie, on l'admit, nous dit-on, pour consacrer une institution née sous l'empire des nécessités économiques : « Celui qui a ne prêtant pas sans y trouver avantage, alors que l'emprunteur est besogneux », et le droit coutumier, imitant la loi turque, la qualifia de *bei-ouafa* (1). Les populations arabes de l'Inde et des archipels indiens l'utilisent également pour dissimuler l'usure de leurs conventions (2). Enfin, en Algérie, le nom de tsénia, ou plus exactement de *bei-bi-tsounia* (vente avec retour) désigne une opération pratiquée par nos indigènes, concurremment avec la rahnia, et nous allons maintenant en étudier les caractères, non sans nous être, au préalable, comme nous l'avons fait pour le contrat de nantissement, demandé si elle est exactement conforme à l'enseignement du Prophète et de ses commentateurs orthodoxes. Nous coulerons donc ce chapitre dans le même moule que le précédent, et après avoir présenté les règles prescrites par les auteurs, exposé les errements suivis dans la pratique et le droit coutumier, nous établirons une comparaison entre l'institution indigène et les prescriptions du droit français ancien et moderne.

---

1. Ibn-Abidin. *Préceptes de la loi* (Goguyer), n° 79.
2. Cf. Van den Berg. R. A., *loc. cit.*, 1891, I, p. 186.

Section I

La Vente à réméré chez les Auteurs orthodoxes

Hostiles, en général à toute condition, comportant un aléa dans les contrats synallagmatiques et en particulier dans la vente, qui en est le type par excellence, les commentateurs orthodoxes s'accordent à condamner la vente avec faculté de rachat pour le vendeur. Soumettre, en effet, la translation définitive de la propriété à la volonté du vendeur n'est-ce pas porter atteinte au droit de libre disposition de l'acquéreur, n'en faire qu'un propriétaire sous condition résolutoire, stipulation contraire aux principes légaux? Une autre considération milite également contre ce contrat qu'Ebn Acem définit « le retour au vendeur de la chose vendue lorsqu'il offre le prix », et dont El Matiti dit que « c'est le contrat consistant à tenir à l'acquéreur le discours suivant : « Je vous vends cette chose pour ce prix à condition qu'au jour où je vous rapporterai pareille somme, à une époque fixée ou indéterminée, elle me sera restituée (1). » Fascinés par la crainte de voir tourner leur prohibition de l'usure, sentant bien que les fidèles recourraient à la vente, convention licite, pour couvrir sous son voile le prêt avec nantissement

1. Tohfat, v. 806 et la note.

accompagné de jouissance, les commentateurs ont prononcé la condamnation formelle de la stipulation de réméré (1) quand elle est contemporaine de la vente, et ne l'ont autorisée que sous certaines conditions.

La sanction de la vente à réméré est donc formelle : c'est la nullité absolue, remettant les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le contrat. L'acquéreur devra restituer l'immeuble, le vendeur rembourser le prix qu'il a touché. Mais quelque absolu que soit ce retour au *statu quo ante*, il n'en est pas moins vrai que la simple volonté du législateur est impuissante à détruire, dans le passé, toutes les conséquences d'un acte qui, en dépit de sa nullité légale, a eu une éphémère existence matérielle. Que deviendront les fruits qu'aura perçus l'acquéreur sous condition résolutoire ? En devra-t-il indemnité au vendeur ? Non, décident les auteurs, il les conservera, en compensation des risques qu'il a courus, et dont il supportait seul la responsabilité. Que l'immeuble, en effet, fût venu à périr, détruit par une cause fortuite, tandis qu'il se trouvait aux mains de l'acheteur, celui-ci en devrait remettre la valeur au vendeur au moment de la restitution. Mais cette valeur en quoi consiste-t-elle ? Dans le prix même qu'en a touché l'aliénateur. Si donc l'immeu-

1. Cf. Van den Berg, *loc. cit.*

ble a péri en entier, la vente deviendra par là-même irrévocable, l'acheteur se trouvant à la fois débiteur et créancier du vendeur pour une même somme, la valeur de l'immeuble et son prix. D'autre part, en cas de perte partielle, si, par exemple, une aile seulement de la maison vendue a été démolie, si quelques arbres du verger ont seuls été déracinés, l'acquéreur en devra la restitution dans l'état où se trouvent les lieux aliénés, sauf à supporter sur le prix une retenue proportionnelle à la moins-value qu'a subie l'immeuble.

A cette rigueur intransigeante du principe, les commentateurs apportent cependant un certain nombre d'atténuations. Ils se montrent moins sévères pour la faculté de rachat quand elle n'est pas susceptible d'être le « véhicule de prohibition », le moyen de déjouer les règles sur l'usure. C'est ce qui se produit quand la clause de réméré, au lieu d'être insérée dans le contrat même d'aliénation, est l'objet d'une convention spéciale postérieure ; d'aucuns se contentent même d'une stipulation dans l'acte primitif, mais faite après la signature des témoins. En pareil cas, le danger n'est plus à redouter. D'abord, il semble assez invraisemblable qu'un acquéreur, devenu propriétaire incommutable, consente à son vendeur la faculté de rachat, et renonce ainsi volontairement au marché avantageux qu'il vient de passer avec lui. Il faut lui supposer une générosité

rare, et les auteurs n'hésitent pas à assimiler cette concession à une véritable libéralité, à une donation, essentiellement recommandable par conséquent.

Si donc un emprunteur veut faire servir la vente à une convention usuraire de prêt, en aliénant à vil prix un de ses immeubles, le risque qu'il court d'être soumis pour la faculté de rachat à la bonne volonté de l'acquéreur puisant dans le contrat un droit irrévocable, lui dessillera les yeux, et le forcera à réfléchir aux conséquences funestes que peut avoir pour lui cette combinaison illicite (1).

Valide quand elle remplit les conditions précédentes, c'est-à-dire quand elle a fait l'objet d'une convention spéciale et postérieure au contrat principal, et qu'elle provient d'une concession bienveillante de l'acquéreur, la faculté de réméré peut être limitée à à une époque fixée ou laissée à l'entière volonté de l'aliénateur. Dans le premier cas, l'acquéreur ne peut, à son gré, disposer du bien qu'il possède sous condition résolutoire ; il doit attendre l'arrivée du terme, et toute aliénation consentie au mépris de cette règle est entachée de nullité. La mort de l'aliénateur ne met, elle-même, pas fin à la faculté de rachat et ses héritiers conservent le droit de l'exercer en remboursant le prix touché par leur auteur. Plus larges, au contraire, sont les pouvoirs de l'acquéreur quand la convention n'a prévu aucun délai. Il jouit alors de la liberté de disposer, à son gré, du bien qu'il

1. Tohfat, v. 807 et la note.

a acquis. Quel que soit le mode d'aliénation qu'il emploie, le vendeur primitif est, par ce fait même, déchu du droit de rentrer en possession de sa propriété. La mort de l'acquéreur, avant le réméré, produit également un effet identique sur cette faculté (1).

En résumé, prohibée en principe, la vente à réméré n'est guère autorisée par les auteurs que dans des conditions qui en rendent l'emploi pratiquement inutile puisqu'elle est subordonnée à la bienveillance de l'acquéreur. Ce dernier étant presque toujours un prêteur désireux de faire valoir sa fortune, il était peu probable que le contrat se maintiendrait dans l'usage sous cette forme orthodoxe et licite. Nous allons voir ce qu'elle est devenue dans le droit coutumier algérien.

Section II

La Tsénia indigène en Algérie

Pour n'avoir pas été formellement autorisée par des textes légaux semblables à ceux qui, s'inclinant devant les nécessités pratiques et le fait accompli, ont sanctionné en Turquie et en Tunisie le nantissement immobilier sous sa forme de vente à réméré, la vente rachetable a acquis droit de cité en Algérie sous le nom de *bei-bi-tsenia*, et, voilant, d'un sub-

1. *Ibid.*

terfuge plus épais, la violation des préceptes coraniques, elle est devenue avec la rahnia, le procédé favori de sûreté immobilière parmi nos populations algériennes. C'est à elle que recourent de préférence les indigènes chez lesquels s'est conservé plus pur le respect de la règle écrite, et c'est aussi de ce nom que qualifient les actes d'engagement les cadis scrupuleux observateurs de la loi coranique.

L'opération, telle qu'elle se pratique journellement, peut théoriquement se résumer ainsi, suivant la formule d'El Matiti. Une personne transfère à une autre, non plus la possession comme dans la rahnia, mais la pleine propriété d'un de ses immeubles. Elle en touche le prix en se réservant toutefois le droit de rentrer en possession de son bien moyennant le remboursement à l'acquéreur du prix payé. Détenteur du bien en qualité de plein propriétaire, menacé simplement par l'arrivée de la condition résolutoire de rachat, l'acquéreur exploite l'immeuble aliéné, en jouit sans avoir de comptes à rendre à personne, fait les fruits siens sans que sa conscience lui reproche la moindre transgression aux principes sacrés. Comme dans la rahnia, le délai de remboursement n'est presque jamais enserré dans d'étroites limites et, à toute époque, l'aliénateur conserve le droit d'agir contre son acquéreur en recouvrement de son bien moyennant la restitution du prix qu'il a versé. En somme, comme le dit fort bien l'auteur du *Choix de préceptes cueillis dans la loi* « la vente à « tsénia est une combinaison virtuelle de la vente

« définitive avec le nantissement proprement dit, en « ce sens qu'elle est considérée, d'abord comme un « nantissement, si bien que le débiteur se fait rendre « l'objet en payant ce qu'il doit, ou que l'acheteur « est responsable de sa perte ou de sa diminution de « la même façon que dans le nantissement comme « on verra plus loin. Et ensuite comme vente définitive « et valide, par rapport à l'acheteur, au point « qu'il peut légitimement manger les fruits produits « par le gage, et jouir de celui-ci en y habitant, le « cultivant et le donnant à bail » (1).

Théoriquement donc les plus grandes différences séparent les deux institutions, la rahnia et la tsénia, au point que toute confusion entre elles est impossible. Dans la première le débiteur s'est simplement privé de la possession de son immeuble, il en a conservé la propriété, et n'en a aliéné que la jouissance, le droit d'en percevoir les fruits et revenus. Sa qualité de débiteur subsiste à cet engagement et, exposé aux poursuites de son créancier, il ne peut, en principe, s'y soustraire en lui faisant une dation en paiement de son immeuble. S'il ne s'acquitte pas à l'échéance ou, à défaut, à l'une des périodes où la loi autorise le créancier à lui en faire sommation, il est astreint à subir l'expropriation forcée, et le créancier ne pouvant s'approprier l'immeuble, doit faire procéder à sa vente aux enchères sur l'autorisa-

1. *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi* (éd. Goguyer), n° 62.

tion du juge. Tous les risques de l'opération sont donc de son côté. Si l'immeuble a subi une dépréciation indépendante de la volonté de son détenteur, abstraction faite des faits entraînant application de la théorie des risques, si, par exemple, par suite d'un changement dans la population ou dans l'emplacement d'une ville, la maison donnée à rahnia éprouve une importante moins-value, le débiteur, sommé de s'acquitter de sa dette, ne pourra, en guise de paiement, délaisser au créancier l'immeuble engagé.

Toute autre est la situation au cas de vente à tsénia. L'acquéreur est devenu propriétaire absolu. Il ne se contente pas de la prise de possession, il jouit librement des fruits et revenus, et profite des plus-values qui peuvent advenir à l'immeuble, en l'absence même de toute amélioration due à son fait. Mais s'il bénéficie de cette augmentation, il court, en revanche, les risques de dépréciation. Il n'a plus en face de lui un débiteur, mais un vendeur. Ce dernier s'est, il est vrai, réservé la faculté de rachat, mais il est seul juge de l'opportunité de son exercice. L'acquéreur ne saurait le mettre en demeure de poursuivre le recouvrement de l'immeuble aliéné. En présence d'une hypothèse semblable à celle que nous envisagions, il y a un instant, à supposer une dépréciation lente ou subite de la valeur de l'immeuble, l'aliénateur, au lieu de procéder au rachat, laissera la perte de l'opération à l'acquéreur. La plupart du temps, sans doute, celui-ci en sera le bénéficiaire, car la vente à tsénia, comme la vente à

réméré française, n'a guère comme source que la gène momentanée de l'aliénateur, et les revenus de l'immeuble couvrent en quelques années l'acquéreur de ses déboursés. Mais qu'arrive un événement de la nature de ceux que nous signalions, les conséquences qui en résultent pour lui sont plus onéreuses que dans la simple rahnia.

Profondes en théorie les différences (1) entre la rahnia et la tsénia pouvant se résumer de la sorte en deux mots : dans l'une, le débiteur reste à la fois propriétaire et débiteur, dans l'autre il n'a plus aucun lien avec l'acquéreur, sauf la faculté de rachat. Elles s'atténuent bien vite quand on les examine dans le domaine de l'expérience et de l'application pratique. La confusion la plus complète règne dans toute cette matière, aussi bien chez les auteurs musulmans que dans les décisions des tribunaux français appelés à statuer sur des litiges indigènes. D'ailleurs, nombreuses sont les causes qui justifient cette confusion et paralysent une analyse complète des deux institutions.

Une première raison tient à la pratique courante des indigènes, de ne pas stipuler le terme pour le remboursement d'une créance garantie par une rahnia, pas plus qu'ils ne fixent la période extrême de l'exercice de sa faculté de rachat, quand ils passent un acte de tsénia. Représentons-nous alors les

---

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 140, p. 605. — Robe. *Lois de la propriété immobilière*, p. 25.

droits respectifs de l'acquéreur ou créancier et du débiteur ou vendeur. L'acquéreur nanti de l'immeuble engagé, en jouit pendant une période indéfinie. La valeur de l'immeuble étant presque toujours amplement supérieure à la somme prêtée il n'a aucun intérêt, sauf le besoin pressant d'argent, à se priver de cette détention avantageuse. Aussi mettra-t-il rarement le débiteur dans l'alternative de se libérer envers lui ou de voir exécuter judiciairement le gage. Il sera comme un véritable propriétaire avec la faculté de se prémunir des risques de l'immeuble. Quant au débiteur, n'étant astreint à aucune échéance ferme, il aura tout le loisir de réunir les fonds nécessaires pour s'acquitter envers son créancier, ce faisant il jouera absolument le même rôle qu'un vendeur à réméré exerçant le rachat. Ce manque de délai contribue donc à assimiler presque complètement la rahnia et la tsénia.

Mais ce n'est pas tout, et des principes juridiques musulmans les plus récemment déduits il résulte que même au cas où les parties auraient, dans leur contrat de vente à réméré, stipulé que l'acquéreur deviendrait propriétaire incommutable par le seul fait de l'échéance du délai, sans exercice par le débiteur de la faculté qui lui a été accordée, la seule arrivée de ce terme ne rendrait pas *de plano* le créancier propriétaire. Tout comme dans le nantissement ordinaire, il lui faudrait obtenir du débiteur lui-même ou à son refus, du juge, une autorisation pour procéder à la vente des immeubles engagés. Seuls donc

ce consentement amiable ou cette autorisation judiciaire pourraient amener, à l'encontre du vendeur, l'aliénation translative de propriété. Quelle est alors l'utilité d'un délai fixé à l'avance, lors de la vente avec faculté de retour, pour l'exercice de ce rachat ? Le juge le considère, purement et simplement, comme un terme accordé au vendeur pour se libérer. Faute par lui d'accomplir cette obligation ou plutôt d'exercer cette alternative, il ne peut être privé de sa propriété qu'en vertu de poursuites judiciaires ou d'une manifestation formelle de volonté qu'il n'entend pas jouir de la liberté qu'il possède. Que si le créancier ne s'est pas soumis à ces formalités, il n'acquiert nullement le droit de se dire propriétaire définitif de l'immeuble aliéné à tsénia, dès l'instant où échoit le terme fixé. La faculté de rachat est alors prorogée par une sorte de tacite reconduction, sans même qu'un nouveau terme soit stipulé pour le paiement et partant le retour.

C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de Sétif (Chambre des appels musulmans) dans un jugement du 17 février 1905 statuant sur l'espèce suivante. Une personne avait aliéné ses immeubles en se réservant le droit d'exercer pendant trois ans la faculté de les racheter, moyennant le remboursement du prix. L'acquéreur se prétendant propriétaire par la seule échéance du terme, se refusait, au bout de vingt-cinq ans, à rendre les immeubles qu'il avait acquis, invoquant d'abord l'expiration du délai primitivement établi, ensuite la prescription qu'il tirait

de la possession de l'immeuble prolongée au delà du temps nécessaire. S'appuyant sur le raisonnement que nous formulions plus haut, le tribunal le débouta du premier chef de sa demande, assimilant complètement la vente à tsénia à un nantissement, et rejeta également sa deuxième prétention, sa possession ayant été, dit-il, entachée du vice de précarité, et n'ayant pu lui permettre d'acquérir la propriété, quelque longue qu'eût été la détention (1).

Quelle est alors la différence qui existe entre la tsénia et la rahnia, si, d'une part, le prolongement indéfini du terme, permet toujours au débiteur rahniataire d'offrir le paiement de sa dette et de rentrer en possession de son immeuble, quel que soit le délai écoulé depuis le jour où il a contracté son obligation, si le créancier rahniataire a la jouissance complète des fruits et revenus de l'immeuble engagé, et que d'un autre côté, l'acquéreur à réméré n'a pas, dans le cas rare où un terme est fixé, la propriété incommutable du fonds aliéné par le fait seul de l'échéance de ce terme ? Quel que soit le nom qu'on lui donne, qu'on l'appelle rahnia ou tsénia, l'opération consiste toujours dans la dépossession effective d'une personne, vendeur ou tsénia ou débiteur rahniataire, qui, contre la remise d'une somme d'argent que lui fait un créancier ou un acquéreur sous condition résolutoire, lui transmet la jouissance d'un immeuble lui appartenant, en stipulant qu'il en conservera

1. Trib. Sétif, 17 février 1905. J. R. 1905, p. 135.

la possession et la jouissance jusqu'à l'époque du remboursement de la somme avancée ou du prix payé. Il est évident qu'en apparence l'opération revêt exactement le même aspect, et que la confusion entre ces deux formes du nantissement immobilier est facile.

Les auteurs musulmans nous donnent eux-mêmes l'exemple d'une semblable confusion, et la lecture du livre des *Préceptes tirés de la loi* est fort édifiante à cet égard. L'écrivain y emploie constamment un terme pour l'autre ; il nous parle indifféremment de prêteur et d'acquéreur à réméré, de vendeur à réméré ou de débiteur, qu'il qualifie quelquefois même, en dépit de l'aliénation qu'il a consentie, de propriétaire de l'immeuble. Il nous apprend ainsi que, pour être valable, une action pétitoire doit être dirigée contre celui qu'il appelle le propriétaire, c'est-à-dire le débiteur constituant. D'après la coutume suivie en Tunisie, prend-il soin d'ajouter, la prétendue vente à réméré n'entraîne pas aliénation, et ne constitue, en réalité, qu'un nantissement sous condition de jouissance pour l'acquéreur (1). Même confusion ou plutôt même assimilation dans le Code civil ottoman, dont l'article 3, portant que « dans les conventions il faut considérer l'intention des parties et non le sens littéral des paroles », identifie, suivant ce principe, la vente à réméré et le nantissement (2).

---

1. Cf. *Préceptes de la loi* (Goguyer), n° 70.
2. Cf. Padel et Steeg, *op. cit.*, p. 152.

Il n'y a dès lors, rien de surprenant à ce que les magistrats et les administrateurs algériens continuent à confondre les deux institutions, sans chercher à analyser les différences théoriques qui les séparent, et ont, dans certains cas, une importance capitale. Les arrêts de la Cour d'Alger et les décisions des tribunaux de province ne sont pas très affirmatifs sur la nature exacte de la tsénia. De même, qu'en dépit des différences que nous signalions plus haut certains assimilent d'une facon complète la rahnia musulmane à l'antichrèse française, d'autres ne craignent pas de voir dans la vente à tsénia une véritable vente à réméré telle que la définit notre Code civil. Dans l'hypothèse où un terme a été fixé par le remboursement et le rachat, ils n'hésitent pas à prononcer, par le seul fait de l'arrivée de ce terme, la déchéance du droit du vendeur et le caractère incommutable de la propriété de l'acquéreur. D'autres, plus près de la réalité, ne font aucune différence entre l'antichrèse française, la rahnia et la tsénia. Pour eux, en tous cas, le vendeur ou le débiteur ne font qu'un, le contrat est un véritable contrat pignoratif, l'acquéreur n'est autre qu'un créancier et le débiteur conserve toujours le droit d'exiger la restitution de l'immeuble en conservant le prix (1). Enfin, une opinion plus récente, et que

1. Surtout, et c'est là leur critérium, quand la différence entre le prix de vente et la valeur de l'immeuble est si grande que la vente n'a aucun des caractères d'une vente ferme et définitive, mais présente tous ceux d'une impignoration. Ils

nous adoptons d'ores et déjà, en attendant de développer, dans un instant, les raisons qui nous poussent à cette conclusion, voit, dans le contrat de tsénia, une forme de nantissement immobilier, ne donnant au créancier que la jouissance des fruits sans lui faire acquérir un titre définitif, en l'absence de toute formalité de sa part, d'une manière, on peut le dire, automatique, par la seule échéance d'un terme convenu lors du contrat (1).

Non moins grand que celui des tribunaux a été l'embarras des commissaires enquêteurs chargés de l'établissement de la propriété foncière privée, dans les territoires de propriété indigène. Lorsqu'ils arrivaient dans un domaine soumis à leurs opérations, et qu'il s'agissait de délivrer aux occupants des titres définitifs constatant leurs droits et purgeant toutes les charges qui grevaient leurs terres, ils se heurtaient à une difficulté dont nous signalions plus haut la nature. Dénués de toute publicité les droits réels ne manifestent, d'aucune façon extérieure, leur caractère. Comment le commissaire pouvait-il déterminer, *a priori*, si l'occupant d'une terre en était le véritable propriétaire ou s'il n'avait sur elle qu'un simple

---

ne font, en somme, qu'appliquer le critérium suivi en cette matière par la jurisprudence des Cours métropolitaines. Cf. Alger, 1er avril 1857. J. R. 1865, p. 198. — 27 mai 1875. J. R. 1875, p. 166. — 36 octobre 1889. R. A. 1890. 2. 410. — 13 mars 1893. J. R. 1893, p. 259.

1. Jugement Sétif, précité, 12 novembre 1896. J. R. 1897, 167. — 2 mars 1899. R. A. 1899, 240.

droit de détenteur précaire, s'il en était le créancier gagiste ? De plus, à supposer qu'il fût créancier rahniataire ou acquéreur à réméré, comment établir la différence entre ces deux qualités ? La question avait son importance pratique : s'il y avait simplement rahnia, le débiteur n'avait pas, par la constitution d'un gage immobilier, perdu la propriété de la terre nantie : c'était donc en son nom que le titre définitif de propriété devait être établi. Qu'au contraire, l'occupant en fût acquéreur à réméré, c'était un propriétaire sous condition résolutoire, ayant droit à la délivrance du titre de propriété, quitte à y insérer la condition dont l'événement anéantirait son droit ? En présence d'une semblable situation, les commissaires enquêteurs avaient trouvé un moyen facile de discerner s'ils avaient affaire à une rahnia ou à une tsénia. Si l'occupant pouvait produire un écrit, portant que la terre lui avait été aliénée à tsénia (la plupart du temps, en effet, pour des scrupules religieux que nous mentionnions, la rédaction d'un écrit par un cadi qualifie ainsi l'opération), le commissaire déclarait l'occupant propriétaire incommutable et lui délivrait le titre de propriété. Etait-il dans l'impossibilité de fournir semblable document, quel que fût le délai d'occupation de la terre, ils cherchaient à découvrir le véritable propriétaire, le débiteur rahniataire, et à libeller à son nom ou à celui de ses héritiers le titre définitif. On arrivait ainsi à créer, par ce simple fait, des indivisions considé-

rables entre héritiers ayant perdu tout souvenir des droits de leurs ancêtres.

Voulant remédier à cet état de choses qu'elle prétendait contraire aux lois françaises poursuivant la simplification de la propriété foncière arabe et la consolidation de la propriété sur la tête des occupants effectifs du sol, une circulaire du gouverneur général, en date du 31 août 1888, vint fournir aux commissaires un critérium de la distinction. Désormais le titre de propriété serait toujours établi au nom du détenteur du sol. Mais si, sur son droit, s'élevait quelque doute et que le commissaire eût quelque raison de le considérer comme créancier à rahnia ou acquéreur à tsénia, il n'établirait pas un titre pur et simple. Voyant toujours en lui un acquéreur à tsénia, il indiquerait sur le titre qu'il lui délivrerait, et sur le double déposé à la conservation des hypothèques, la condition résolutoire à laquelle était soumis son droit, et la faculté de rachat existant au profit du propriétaire primitif du fonds, ou de ses héritiers. Cinq ans après la délivrance de ce titre, en vertu de l'article 1861 du Code civil, le vendeur à tsénia serait absolument déchu de la faculté de recouvrer son bien contre la restitution du prix, et la propriété serait à jamais attribuée à l'occupant. On arrivait, de la sorte, à traiter tous les droits réels grevant un immeuble comme de véritables ventes à réméré française, soumises à un délai fatal, automatique, entraînant pour l'aliénateur la perte définitive de son droit de rachat.

Cette solution nous paraît fort contestable. Certes, l'idéal est d'arriver à la constitution d'une propriété foncière indigène dépouillée de toutes les causes de dépréciation qui la couvrent, et les rahnias et tsénias n'en sont pas les moindres. Mais pour faire une assimilation conforme, peut-être en certains cas, à la réalité des faits, entre la rahnia et la tsénia, on arrive parfois à consommer la spoliation complète de nombreux indigènes. Sur la foi du respect qu'on leur assure de leurs coutumes et de leurs mœurs, ils constituent verbalement, sans détermination de délai, des nantissements immobiliers qualifiés de rahnias ou de tsénias, où ils abandonnent, contre des prêts souvent minimes, des terrains ayant une valeur de beaucoup supérieure. Ils conservent l'espoir de recouvrer un jour ces immeubles quand, revenus à meilleure fortune, ils seront en mesure de rembourser le faible prix qu'ils en ont obtenu où le montant du prêt qu'on leur a consenti. Il est fréquent, nous le disions, de voir des débiteurs, des vendeurs sous condition de rachat ou leurs ayants cause, offrir le remboursement du prêt ou demander la restitution de leur bien, cinquante, soixante, voire cent ans, après la convention primitive. Le temps chez eux, joue un rôle effacé ; plus que tous autres peuples, ils considèrent comme vraie la maxime « qui à terme ne doit rien ». Considérer, par conséquent, leurs rahnias ou leurs tsénias comme des ventes à réméré, c'est aller à l'encontre absolue de toutes leurs notions juridiques : puisque, s'il est

une institution française dont se rapprochent ces institutions, c'est plutôt de l'antichrèse, qui ne soumet le débiteur à aucune forclusion provenant du temps, quand aucune limite n'a été fixée pour l'acquittement de la dette garantie, que de la vente à réméré, opérant *de plano* le transfert incommutable de la propriété à l'acquéreur conditionnel, passé un délai préfix de cinq ans. C'est consacrer, comme nous le disions, la spoliation d'une masse d'indigènes n'ayant pas cessé de se considérer comme propriétaires, malgré la possession prolongée de leur créancier ou acquéreur à tsénia (1).

Il y a là une des nombreuses conséquences du passage des immeubles du statut musulman au statut français. Nous en étudierons plus tard les effets sur les droits réels qui seuls nous occupent. Nous en avons parlé à cette place pour montrer les difficultés que soulève la distinction précise entre la rahnia et la tsénia. Les tribunaux n'ont, du reste, nullement accepté comme fondé le critérium proposé dans la circulaire du Gouverneur. Comme nous l'avons vu plus haut, par l'énumération d'arrêts qui lui sont postérieurs, la jurisprudence en est restée à des définitions plus conformes à la réalité. Il importe, pourtant, d'examiner maintenant la nature exacte du contrat de tsénia et de rechercher, dans les institutions du droit français ancien ou moderne, celle

---

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 664 et suiv.

dont il se rapproche le plus. Ce sera l'objet de notre section suivante.

Section III

La Tsénia et le Droit français

Et tout d'abord la vente avec tsénia est-elle notre vente à réméré moderne, dont le Code civil détermine les règles dans ses articles 1659 et suivants ? Nous avons suffisamment réfuté cette opinion, il y a un instant, en combattant les termes de la circulaire du Gouverneur Général, pour qu'il nous soit permis d'être bref à cet égard. La caractéristique de la vente à réméré française est d'être une véritable vente sous condition résolutoire. L'acquéreur devient propriétaire *hic et nunc* de l'immeuble que lui cède le vendeur. Il jouit des plus grands pouvoirs sur lui, peut librement en disposer, l'aliéner, y pratiquer les améliorations qu'il juge utiles, sauf à perdre cette propriété, si, dans le délai qui lui est accordé, le vendeur use de la faculté de rachat qu'il s'est réservée. Dans ce dernier cas, le droit du créancier s'anéantit rétroactivement, et avec lui disparaissent toutes les charges qu'il a lui-même constituées sur l'immeuble. L'a-t-il vendu ? les sous-acquéreurs en devront la restitution au vendeur, même si la clause de réméré n'avait pas été mentionnée dans leur contrat (art. 1664, Code civil). Moyennant le remboursement du prix d'acquisition, des frais et loyaux coûts, et de la plus-value donnée à l'immeuble par les

améliorations apportées par l'acquéreur, le vendeur recouvre intacte la propriété de son bien. Qu'au contraire, il laisse, sans agir en réméré, s'écouler le temps fixé, et l'acheteur, devenu propriétaire définitif, sera à l'abri de toute revendication du vendeur : tous les droits par lui conférés sur son bien acquièrent un caractère de validité absolue. Enfin, cette faculté d'exercer le rachat ne peut être stipulée pour un terme supérieur à cinq ans, sinon elle sera réduite à ce délai, sans que le juge puisse le prolonger (art. 1660 et 1661).

Aucun de ces traits ne se retrouvent dans la vente à tsénia. Certes, l'acquéreur est bien un propriétaire dont le droit est menacé par le rachat éventuel, et il jouit à ce titre des fruits de l'immeuble ; mais, dans la plupart des cas, le délai de rachat n'a pas été fixé lors de la convention et j[illegible] réduit à faire sommation au vendeur d'op[illegible] rachat et l'expropriation définitive. Eût-il [illegible] contrat principal la durée maxima d[illegible]ment, que l'arrivée du terme n'entraîne pas de co[illegible]at sa conversion en propriétaire inc[illegible] les Mu[illegible]r le devenir, il lui faudrait encore o[illegible] à la rahn[illegible]biteur une nouvelle adhésion, ou sollic[illegible] juge une autorisation.

Différente de la vente à réméré, avec laquelle, nous l'avons vu, la confondent certains arrêts et la circulaire du Gouverneur de 1888, la tsénia s'identifie-t-elle avec l'antichrèse ? Malgré les ressemblances pratiques qui les rapprochent, il est impossible de

ne pas les différencier théoriquement, et nous renvoyons, sur ce point, à la comparaison que nous établissions plus haut, entre la rahnia et la tsénia : la première conservant au débiteur cette qualité et celle de propriétaire, la seconde transférant à l'acquéreur, non plus la possession, mais la propriété, et soustrayant le vendeur à ses poursuites.

Si donc, dans le droit français contemporain, nous ne trouvons aucune institution réunissant tous les traits de la tsénia arabe, pourquoi ne pas faire appel à notre ancien droit, dont le développement juridique moins complet, nous permettra, sans doute, de découvrir des procédés plus proches de celui que nous étudions? Comme pour la rahnia, nous devons, à ce sujet, faire retour vers la France primitive et du moyen âge, pour examiner l'évolution des formes du crédit ir[illegible] sous le coup des prohibitions canonique[illegible]t de l'argent.

L[illegible]ient immobilier germain et franc, acc[illegible]pacte commissoire, n'était qu'une ver[illegible]mpagnée d'une clause de rachat, et [illegible]éfinitive du bien aliéné à l'acquéreur[illegible]ttement à l'époque fixée. Les premiers [illegible] n'établissaient aucune différence entre cette vente à remeré et le véritable nantissement immobilier, ne privant le débiteur que de la possession de son immeuble (1). Lent fut le travail de différenciation, et le *Recueil des Olim* (2) nous a

1. Cf. Peltier, *op. cit.*, p. 141.
2. *Olim*, 1301, III, 1, p. 107.

conservé la trace d'un arrêt où le Parlement s'efforçait, sans y parvenir d'une façon complète, de trancher la question de la distinction à établir entre le nantissement, le mort-gage et la vente à réméré. Nous y trouvons en germe les difficultés auxquelles se heurtent aujourd'hui nos tribunaux algériens chargés, à leur tour, de trouver le critérium du contrat de gage et de vente rachetable. Pendant cette période initiale de notre droit, la vente à réméré, procédé primitif mais sûr, coexistait avec le mort-gage, déjà plus raffiné, mais où le débiteur était sous le coup des poursuites du créancier.

Mais, nous le savons déjà, le mort-gage, quelque temps exempt des proscriptions canoniques, le mort-gage, moyen facile de violer la défense du prêt à intérêt, ne tarda pas à encourir la condamnation ecclésiastique. Certes, l'Eglise fut contrainte de s'incliner devant certains cas, où le mort-gage était si utile qu'il fallait l'autoriser, mais nombreux encore étaient ceux où cette combinaison était prohibée, et l'interdiction ne laissait pas d'attrarier les détenteurs de numéraire. Commerçants ulmans scrupuleux, redoutant de recourir [illegible] la assortie de la jouissance des fruits, ils cherchèrent à suppléer aux procédés que leur interdisait le droit canonique, dont les défenses étaient accompagnées de peines spirituelles, redoutables à l'époque, et de la connaissance attribuée aux tribunaux ecclésiastiques des crimes d'usure. Aussi les prêteurs ne la pratiquèrent plus d'une façon ouverte et essayèrent-

ils de la dissimuler sous la forme d'une convention licite. Ce ne fut pas difficile, la convention prohibée de mort-gage offrant une affinité étroite avec la vente à réméré. C'est donc vers elle que se retournèrent les créanciers (1). De même que les indigènes d'Algérie, ils ne prirent donc plus des fonds en gage, en y ajoutant un pacte de perception des fruits, mais ils les achetèrent en consentant à leur vendeur la faculté de rachat. De la sorte, l'interdiction de mort-gage aboutit aux mêmes conséquences que l'interdiction coranique du nantissement avec jouissance des revenus. Elle n'évita nullement aux débiteurs l'acquittement d'intérêts considérables, mais elle ne fit que rendre l'emprunt plus onéreux, puisque la vente à réméré, à l'inverse du gage, comporte fatalement le pacte commissoire (2). La protection produisait des effets absolument inverses de ceux qu'elle poursuivait : loin d'y trouver avantage, les emprunteurs voyaient, au contraire, empirer leur situation et les exigences des fournisseurs d'argent.

La vente à réméré, en raison même de ce caractère de dissimulation d'un prêt avec nantissement, fut, de bonne heure, traitée en France comme un contrat presque toujours fictif, et fort curieuse à cet

---

1. Cf. Brissand, *op. cit.*, p. 1502. — Viollet, *op. cit.*, II, p. 626, ss. — Glasson, *op. cit.*, VII, p. 658. — Esmein, *op. cit.*, p. 159. — Peltier, *loc. cit.* — Brunschwig, *op. cit.*, p. 36. — Pothier (éd. Bugnet), vol. III, p. 159 et s.

2. A telle enseigne qu'aujourd'hui encore c'est un moyen courant de tourner la prohibition du pacte commissoire. Cf. *infra* : contrat pignoratif.

égard est la jurisprudence des Parlements. Comme le jugement du tribunal de Sétif dont nous analysions plus haut la teneur, elle décidait que, malgré la fixation d'un terme, la seule expiration du délai convenu ne causait pas fatalement la déchéance du vendeur du droit d'exercer son réméré. Pour que l'acquéreur pût mettre obstacle à cette faculté, il devait obtenir contre le vendeur ou ses ayants cause une sentence judiciaire, les en déclarant déchus. Etablie par un arrêt de la Chambre des enquêtes de mai 1650, rapporté par Le Prestre dans le recueil des décisions de cette chambre, cette jurisprudence fut suivie jusqu'à la fin de l'ancien régime. Elle se fondait sur la situation désavantageuse où se trouve le vendeur au moment du contrat, pressé par le besoin de se procurer des ressources, et consentant à aliéner sa propriété à vil prix, dans l'espoir de la recouvrer à l'échéance du délai. Il est tout naturel que le juge considère d'un œil bienveillant la condition du vendeur et non celle de l'acheteur cherchant à tirer un bénéfice énorme et certain du malheur d'autrui. Aussi, malgré la fixation d'un délai et son expiration, le vendeur ne perdait pas la faculté d'exercer sa reprise tant qu'un jugement, rendu à la requête de l'acquéreur, n'était pas venu l'en déclarer déchu. A défaut de poursuite, seule la prescription légale de trente ans entraînait pour lui l'impossibilité absolue d'offrir le remboursement du prix (1).

---

1. Cf. Brunschwig, *op. cit.*, p. 104 et 105.

Singulièrement proche de notre tsénia indigène se trouvait donc la vente à réméré, telle qu'elle se pratiquait dans la France de l'ancien régime, et telle que l'avait organisée la jurisprudence des Parlements. Cependant un point la distinguait encore de la tsénia, et il va nous contraindre à un nouvel effort pour en rechercher l'analogue. Malgré l'avis de certains jurisconsultes renommés, la faculté de rachat, en l'absence de toute fixation de délai, ou quand l'acquéreur n'avait pas cru devoir recourir à justice pour obtenir la déchéance du débiteur, se prescrivait par un délai de trente ans (1). C'est ce que décidaient l'article 108 de la coutume de Paris et l'article 269 de celle d'Orléans (2). Or, dans la pureté des principes juridiques coutumiers, nous avons vu nos indigènes exercer indéfiniment la faculté de rachat, au bout de périodes de temps considérables, atteignant parfois un siècle, et un jugement déclarer que, même en présence d'un délai déterminé, le défaut de rachat n'entraînait pas fatalement sa déchéance, quelque prolongée que fût la détention de l'acquéreur.

Un seul contrat dans l'ancien régime nous offre ce caractère d'imprescriptibilité, en raison de la nature même du droit de l'occupant. C'est le contrat d'en-

---

1. Pothier, vol. III, n° 391, p. 162.

2. « La faculté donnée par contrats, de racheter héritages ou rentes de bail d'héritages à toujours se prescrit par trente ans, même si le vendeur a déclaré avoir cette faculté à toujours. »

gagement, celui que Pothier appelle le contrat pignoratif et qui ne s'identifie pourtant pas avec celui que nous qualifions ainsi de nos jours, c'est-à-dire le procédé employé pour tourner la prohibition du pacte commissoire ou de taux usuraire dans l'antichrèse, en le couvrant sous le voile d'une vente à réméré, à vil prix, avec relocation au vendeur (1). Nous ne pouvons mieux faire pour trouver une analyse exacte, complète, des caractères propres de la tsénia, que de nous reporter au texte même de Pothier, non sans avoir, au préalable, donné un aperçu des motifs d'adoption de ce procédé.

Avec le développement de la féodalité, la propriété individuelle perdit son caractère absolu, pour revêtir la forme d'une jouissance prolongée à l'infini, d'une concession accompagnée de prestations diverses. Aussi le détenteur précaire de l'immeuble ne pouvant en transmettre la possession définitive qu'avec le consentement du seigneur, ou même après s'être « devestu » entre ses mains de son droit pour en voir investir son cocontractant, recourut à l'aliénation de la jouissance, à l'aliénation des fruits, des *despueilles* de l'héritage qu'il occupait. Soumise à l'origine, au consentement du seigneur suzerain, cette convention fut bientôt permise sans son intervention (2). Seule forme du nantissement immo-

1. Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, n° 194 et suiv. — Pont, *op. cit.*, n° 1226. — Laurent, XXVIII, n° 544. — Guillouard, n° 218.

2. Ancienne coutume de Bourgogne. « L'on ne peut vendre

bilier aux premières époques de la féodalité, cette institution à laquelle on donna le nom d'engagement, subsista jusqu'à la fin de l'ancien régime dans nombre d'hypothèses : quand il s'agissait de fonds dont la propriété était considérée comme inaliénable, ainsi quand il fallait emprunter sur les biens du domaine royal, et dans le cas où l'emprunteur voulait affecter à la garantie du créancier un de ses immeubles, en se réservant la faculté de le recouvrer quel que fût le laps de temps écoulé depuis la constitution.

C'est à cette convention que Pothier donne le nom de contrat pignoratif. « Le contrat pignoratif, dit-il, est un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage l'engage à quelqu'un moyennant une certaine somme d'argent et lui accorde, et à ses successeurs, le droit d'en jouir jusqu'au remboursement de la somme qu'il a donnée, qu'il sera permis au propriétaire de faire toutes fois et quantes il voudra rentrer dans son héritage. » Et il poursuit la distinction entre l'engagement ou le contrat pignoratif, l'antichrèse et la vente à réméré. Il est différent de l'antichrèse « en ce que celui à qui un héritage a été donné à titre d'antichrèse demeure véritablement créancier de la somme en compensation des intérêts de laquelle la jouissance de cet héritage lui a été

---

simplement la chose de fié sans consentement du seigneur dudit fié. Toutes voyes peut-on bien vendre à trois ans sans son consentement, » (Giraud, *Essai*, II, 275). Esmein, *op. cit.*, p. 162.

accordée, et il peut l'exiger de son débiteur. Au contraire, celui à qui un héritage a été donné à titre de contrat pignoratif, n'est point créancier de la somme qu'il a donnée à celui qui lui a engagé son héritage. Il ne peut le poursuivre pour le paiement de cette somme, puisqu'il n'est obligé de le rendre qu'autant et quand il lui plaira de dégager son héritage. Il est aussi différent de la vente d'un héritage avec faculté de réméré perpétuel ou limité à un certain temps. Cette vente transfère véritablement la propriété de l'héritage à l'acquéreur, le vendeur ne conserve qu'un droit et une action pour rentrer dans l'héritage en rendant ce qu'il en a coûté à l'acquéreur, et ce droit quoique illimité ou même expressément retenu à perpétuité, s'éteint par la prescription ordinaire de trente ans, lorsque le vendeur qui se l'est retenu n'en a pas usé ; au contraire, le contrat pignoratif ne transfère point la propriété de l'héritage qui demeure toujours par devers celui qui l'a engagé. Celui à qui il a été engagé n'en a que la possession et le droit d'en jouir jusqu'à ce qu'il plaise au propriétaire de l'héritage de le dégager, et comme personne ne peut changer le titre de sa possession, il suit de là que l'engagiste et ses héritiers, non plus que ceux qui ont acquis ces héritages comme héritages engagés ne peuvent, par quelque laps de temps que ce soit, prescrire contre le droit qu'a le propriétaire de dégager son héritage ni acquérir contre lui, par prescription, le droit de propriété, car le titre et la cause de cette possession de l'enga-

giste résistent à cette prescription et réclament pour le droit du propriétaire. » (1).

Nous n'avons pu résister à la tentation de citer tout entier ce long passage de Pothier, tant il résume bien le caractère et la nature exacte du contrat de tsénia pratiqué aujourd'hui en Algérie. Il n'est aucun des éléments qui y fasse défaut. Que le délai de remboursement, de retour plus exactement, pour employer la traduction littérale du mot arabe, soit fixé ou non, nous sommes en présence d'un contrat pignoratif ne donnant nullement à l'acquéreur pleine et entière propriété par la seule expiration de ce délai. C'est en cela, nous le répétons, que notre opinion diffère de celle communément reçue. Certes, au cas où le délai de rachat était illimité, la jurisprudence algérienne avait, dès les premières années de l'occupation française, assimilé la tsénia à notre ancien contrat pignoratif. Mais que le délai eut été prévu par les parties, sitôt arrivé le terme fixé, appliquant les principes de la vente à réméré actuelle, elle déclarait le créancier investi d'un droit définitif de propriété. Mieux eût valu à notre avis, poursuivre l'assimilation, faire comme le faisaient les anciens Parlements, de la vente à réméré, en tout état de cause, un contrat pignoratif, n'entraînant

1. Pothier. *Traité de l'hypothèque*, n° 242, 243, 244. Vol. IX, n° 491. Castellan rapporte cependant un arrêt par lequel « le vendeur fut déclaré irrecevable à rentrer dans ses biens après trente ans quoique l'acte fût un contrat pignoratif et qu'on ne doutât pas que l'acheteur ne fût un véritable engagiste ». (Brunschwig, *op. cit.*, p. 155.)

jamais automatiquement l'expropriation de l'aliénateur, et exigeant toujours son autorisation ou l'intervention de justice, pour consacrer le caractère définitif de l'opération, que le délai eût été fixé ou non déterminé.

Avec cette étude de la tsénia nous terminons la partie de notre travail consacrée au droit musulman régissant les quatre cinquièmes de nos indigènes d'Algérie. Partis du même principe économique et religieux que nos anciens canonistes, nous voyons qu'ils sont arrivés aux mêmes résultats juridiques ou tout au moins coutumiers. La marche suivie a été, peut-on dire, absolument parallèle. Résumons-la en quelques lignes. Comme les Germains et les Francs, les populations arabes de l'Hedjaz pratiquaient, à les supposer arrivées à la propriété foncière individuelle, le nantissement immobilier ou plutôt l'aliénation fiduciaire avec jouissance des fruits. Le Prophète interdit tout profit illicite des capitaux, et les commentateurs en déduisant toutes ses conséquences, frappent de condamnation prêt sur gage ou vente à réméré, tout comme les théologiens chrétiens appliquent les peines canoniques à l'usure et au mort-gage. Sous l'empire des besoins économiques, certains Parlements admettent l'antichrèse, comme nos coutumes locales Algériennes tolèrent le rahnia. Enfin, les plus scrupuleux observateurs de la loi coranique voilent, sous le couvert de la vente à tsénia, leurs opérations usuraires,

comme les Français de l'ancien régime recouraient à ce procédé.

Mais tandis que l'évolution s'arrêtait à ces deux institutions dans les populations musulmanes, où les anciens principes conservaient presque intacte leur autorité, l'œuvre législative s'efforçait en France de mettre le droit en conformité avec les faits. Le prêt à intérêt cessait d'être prohibé, même en théorie. Avec cette interdiction disparaissait, au moins pendant tout le temps où l'intérêt restait libre, mortgage et antichrèse, remplacés par l'institution moderne de l'hypothèque où la stipulation d'intérêts se manifeste ouvertement. Le retour à la limitation du taux de l'intérêt n'a pas été étranger à une certaine reprise de ces anciens procédés, mais, devant les innombrables ressources du crédit contemporain, ils sont appelés à une disparition prochaine. Il est loin d'en être de même en Algérie : rahnia et tsénia y fleurissent plus que jamais, occasionnant des ravages dont nous examinerons plus tard l'étendue. Nous verrons alors si, aux mêmes maux, il ne convient pas d'apporter les mêmes remèdes, tout en faisant la part de l'immense différence de civilisation, qui sépare nos sujets d'Algérie de la société avancée qu'était la France de l'Ancien régime à la veille de la Révolution et de la transformation de notre système législatif.

TITRE II

Le Droit Kabyle

CHAPITRE I

La Rahnia Kabyle

Sommaire

Les coutumes civiles kabyles et le Coran. — Le prêt à intérêt. — Interdiction. — Réglementation. — Liberté. — Conditions et durée du prêt. — L'usure kabyle. — La vente à réméré. — La Rahnia. — Conditions. — Durée. — Effets. — Droits du créancier. — Droit de rétention. — Jouissance de l'immeuble. — Droit de vente et privilège. — Obligations. — Impenses. — Risques.

Tandis que les populations berbères du reste de l'Algérie, subissant l'emprise de la loi du vainqueur, l'adoptaient, tout à la fois, dans ses prescriptions religieuses et dans ses règles juridiques, cherchant seulement à la tourner par les subterfuges quenous

avons analysés, les tribus kabyles, restées fidèles à leurs traditions coutumières, prenaient à l'envahisseur sa foi seule, qu'elles mettaient à la place de leur paganisme grossier. Elles ne tombaient pas dans les erreurs économiques des autres habitants du Nord de l'Afrique peu à peu convertis à l'Islam. Moins timorées que les tribus de la plaine, en différant profondément par leur goût du travail, leurs aspirations économiques, leur amour de la propriété individuelle et leur répugnance pour l'indivision ; conservant, grâce à l'abri de leurs montagnes, la pureté de leurs mœurs et une indépendance relative à l'égard de l'envahisseur, elles n'ont pas craint de braver, sur nombre de points, les peines terribles dont le Coran menace ceux qui transgressent ses commandements.

Rien ne le montre mieux que l'usage fréquent, manifeste et licite, qu'elles font du prêt à intérêt. Comme on l'a bien dit (1), la Kabylie offre un raccourci des différents systèmes que les législations humaines ont successivement adoptés en ce qui concerne l'intérêt de l'argent. Triples sont les combinaisons possibles : proscrire à jamais tout loyer du numéraire, n'admettre que le prêt entièrement gratuit ; autoriser les détenteurs de numéraire à tirer bénéfice du placement de leurs fonds, mais en en limitant le taux maximum ; ou bien enfin, laisser les contractants libres de stipuler à leur gré les conditions

1. Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 494.

qu'ils jugent bonnes, et qui seront seulement réglées par les lois naturelles de l'économie politique : l'offre et la demande et les risques courus. Les Kanouns kabyles nous offrent des exemples de l'application de ces trois principes.

Suivant l'Ancien et le Nouveau Testament, l'enseignement des casuistes chrétiens et des auteurs orthodoxes musulmans, certains villages sous l'influence des Marabouts, prédicateurs ardents de la loi du Prophète, ont frappé d'amende les usuriers retirant un profit, si minime fût-il, de leurs prêts. C'est ainsi que s'exprime le Kanoun des gens d'Agouni-n-Tesselent. « Celui qui prête à gros intérêts paie dix réaux « d'amende et n'a droit qu'au capital. Nous avons « adopté cette disposition pour effrayer ceux qui « voudraient prêter à intérêt. L'emprunteur paie cinq « réaux d'amende, le témoin deux, le rédacteur trois, « le courtier un quart de réal. » (1). A ces peines pécuniaires sont jointes toute une série d'imprécations. En fait, ces règles théoriques restent lettre morte, et chacun est libre de se livrer au commerce de l'argent sans que soit prononcée contre lui la moindre amende.

Le principe de la limitation du taux de l'intérêt se trouve dans certaines fractions des tribus des Ait-Ferah et des Ait-Iraten. Mais plus grande que dans notre Code civil est la latitude laissée aux parties. Le taux légal, fixé à 33 o/o par an, donne lieu, au cas

1. *Ibid.*, p. 494.

où il est dépassé, au paiement d'une amende égale à l'excédent. A l'inverse du Kanoun précédent, aucune peine ne frappe l'emprunteur qui viole ces prescriptions ; seul le prêteur y est condamné, et s'il prête à intérêt exorbitant, en exigeant le remboursement à très bref délai, il doit, à titre d'amende, restituer au débiteur tous les intérêts perçus de la sorte (1).

Enfin, comme les législateurs du droit intermédiaire qui se désintéressaient absolument des conventions usuraires des particuliers, les coutumes du reste de la Kabylie, c'est-à-dire de l'immense majorité du pays kabyle, ne fixent aucune règle relative au taux de l'intérêt. Seule la convention fait la loi des parties. « Le prêt à intérêt est licite chez nous », dit le Kanoun des Ait Douala, « les parties contractantes adoptent librement les conditions qui leur conviennent. » Le Kanoun des Ait Aissa ou Mimoun n'est pas moins libéral quand il s'exprime ainsi. « Celui qui emprunte à intérêt s'acquitte à l'échéance du capital et des intérêts. » (2). Tout prêt de consommation, quelle qu'en soit la nature, qu'il porte sur des denrées ou du numéraire, donne lieu à la perception d'un intérêt payable en nature ou en argent. Le taux, soumis aux fluctuations économiques, varie suivant l'abondance ou la rareté de l'argent, la qualité des récoltes, la sécurité ou la fréquence des transactions. Toutefois on peut dire qu'il oscille généralement entre le taux annuel de un tiers à un cinquième

1. *Ibid.*
2. *Ibid.*

du capital prêté, non sans atteindre parfois le chiffre de 50 et même de 100 0/0 (1).

La durée du prêt est essentiellement variable : les uns empruntent à l'année, d'autres au mois, à la saison, à la semaine, à la journée, ou à la *Mouzouna*, monnaie de compte ayant une valeur égale à sept centimes ; le prêteur stipule que chaque réal (2 fr. 50) lui rapportera une *mouzouna* pour un temps variable de un à huit jours. Quand les parties ont fixé un terme au remboursement, ni l'une ni l'autre ne peuvent y déroger, mais quand, au contraire, elles se sont contentées de contracter un emprunt à un taux proportionnel au temps à courir, sans déterminer l'époque de la libération, débiteur et créancier jouissent de la faculté d'offrir ou d'exiger l'acquittement du prêt. Enfin, au temps où nos juges de paix ne connaissaient pas encore des litiges entre indigènes de race kabyle, quand les marabouts, sorte de chefs religieux, étaient les seuls arbitres que connussent les Kabyles, ils ne recouraient cependant pas à eux quand une contestation surgissait entre un emprunteur et son prêteur à l'occasion d'un prêt à intérêt. Le respect qu'attachaient les Marabouts au texte du Coran leur interdisait de juger des causes où ses préceptes étaient ouvertement méconnus ; des arbitres choisis parmi les usuriers les plus réputés de la région étaient chargés de régler ces questions (2).

---

1. *Ibid.*, p. 495.
2. *Ibid.* p. 497.

On conçoit que, pratiquant des usages aussi contraires au dogme du reste des croyants, les Kabyles n'aient pas tardé à devenir les banquiers des populations arabes, parmi lesquelles ils s'installaient, et que leur éducation économique leur permettait d'exploiter. Non contents d'exercer dans leur propre pays l'industrie du prêt à intérêt, ils ont été la porter au loin, et les tribus arabes de la région de Souk-Ahras se plaignent amèrement des taux usuraires qu'exigent d'eux les prêteurs kabyles. Ils jouent le même rôle auprès de leurs coreligionnaires, que celui des Juifs du moyen âge auxquels s'adressaient les emprunteurs chrétiens, obéissant aux scrupules de leur conscience religieuse. Aussi les Européens, les Mozabites et les Israélites d'Algérie trouvent en eux, à l'heure actuelle, des rivaux sérieux dans l'exploitation des besoins économiques des populations arabes.

Nous avons assez insisté dans les précédents chapitres sur les causes de l'adoption des procédés de crédit immobilier de la rahnia et de la tsénia pour nous douter, à première vue, que ces institutions, créées en vue de déjouer les défenses coraniques, ne doivent pas, à supposer qu'elles existent en Kabylie, y revêtir la même physionomie. Et de fait, les villages kabyles ignorent la vente à réméré sous la forme que lui connaissent les indigènes musulmans arabes ou arabisés. Ils pratiquent bien une opération qui porte le même nom que la tsénia, ou tout au moins son équivalent kabyle, mais un examen superficiel

suffit à découvrir les différences qui les séparent. La vente *thounaia* ou vente double, est une vente conditionnelle où le vendeur conserve la faculté, non plus d'exercer le rachat quand bon lui semble ou pendant un laps de temps déterminé, mais seulement au cas où l'acheteur ou ses héritiers manifestent le désir d'aliéner l'immeuble. Quand le rachat doit s'effectuer au prix qu'offre le tiers acquéreur, c'est une vente à *thounaia* ordinaire. Mais quand le vendeur peut exercer cette faculté en offrant, au moment de la deuxième vente, le prix de l'aliénation primitive, l'on est en présence d'un deuxième mode de cette opération, qu'on appelle l'*ackhteur*. Pour manifester son droit éventuel, l'aliénateur remet souvent à l'acheteur une somme minime représentant les arrhes de la revente future (1).

On sent la distinction qui s'impose entre la vente à *thounaia* et la tsénia. Dans la première, la faculté de rachat du vendeur est subordonnée à la volonté de l'acquéreur. Il devient propriétaire définitif de l'immeuble dès la transmission, et peut tenir en échec l'exercice du droit du vendeur, en conservant l'immeuble en sa possession. Le vendeur à réméré, au contraire, est le véritable maître de la situation : à le supposer revenu à meilleure fortune et capable de rembourser le prix de l'acquisition, il peut contraindre son acheteur à lui restituer son bien. D'ailleurs, outre le droit de retrait lignager (2) (droit de

1. *Ibid.*, p. 397, 398.
2. Cf. *infra*.

chefaa) plus étendu en droit kabyle qu'en droit musulman, la vente à réméré n'y a pas les mêmes raisons d'être. Les Arabes y trouvent un moyen de procurer au créancier la jouissance des revenus de l'immeuble engagé, sans heurter ouvertement les principes. Les Kabyles, autorisant le prêt à intérêt, ne voient aucun inconvénient à laisser le créancier gagiste tirer entier profit de l'immeuble nanti. De là les caractères différents de la rahnia, qui constitue chez eux aussi le procédé le plus courant de crédit immobilier.

Remise d'un bien meuble ou immeuble du débiteur à son créancier, pour que ce dernier en conserve la jouissance et la possession jusqu'à l'époque du remboursement de la créance ainsi garantie, le nantissement kabyle appelé aussi rahnia, diffère à la fois de l'antichrèse française et de son homonyme arabe, en ce qu'il peut porter indifféremment sur des meubles et sur des immeubles et que la loi française aussi bien que le droit musulman orthodoxe ou coutumier, interdit l'usage et la jouissance du gage mobilier (1).

1. Signalons aussi une particularité spéciale à certains kanouns. En droit indigène, par suite du souci de conserver l'intégrité de la famille, les parents du vendeur ont souvent le droit d'évincer le tiers étranger acquéreur d'une part indivise en le désintéressant. C'est le droit de *chefâa*, analogue à notre ancien retrait lignager dont le retrait successoral est le seul vestige. Dans quelques kanouns, par exagération du respect dû à la famille, les parents du débiteur ont la faculté d'exercer le *chefâa* même contre le créancier rahniataire quoiqu'il ne soit que simple possesseur. C'est pourtant là un cas exceptionnel.

D'autre part, de la première il se distingue aussi sur ce point, que, tout en autorisant comme elle, la perception des fruits par le créancier, l'antichrèse française y assigne comme limite le taux maximum de l'intérêt conventionnel, et, qu'une fois dépassé, elle impute sur le capital de la créance le montant des fruits ainsi perçus. La loi kabyle ignore cette limitation. Même dans les Kanouns qui déterminent le taux au dessus duquel l'intérêt cesse d'être licite, les rahnias échappent à cette prescription, et les créanciers y trouvent un moyen facile de s'y faire consentir des intérêts usuraires sans risquer de tomber sous le coup des pénalités qu'elles édictent. L'assimilation que nous faisions plus haut au sujet de la rahnia arabe coutumière retrouve donc ici toute sa valeur. La rahnia kabyle est, on peut le dire, la véritable antichrèse romaine avec laquelle elle s'identifie complètement. Comme elle, elle peut indifféremment avoir pour objet les immeubles ou les meubles ; les fruits, en raison de l'aléa que court le créancier, s'y compensent toujours avec les intérêts qu'il peut stipuler, et ce forfait subsiste à la réglementation du loyer de l'argent, tout comme en droit romain, il survécut aux réductions successives du taux de l'intérêt.

Supposant chez son constituant la capacité d'aliéner telle que la détermine la coutume locale, la rahnia immobilière, susceptible de grever toutes sortes d'immeubles : maisons, vergers, jardins, champs labourés ou terrains incultes, est soumise, au dire

de quelques Kanouns, à certaines formalités de constitution. Elle exige, disent la coutume de Beni Yala, celle de Ouagour (1) et celle de la tribu Ait Kani, qu'un écrit soit rédigé en présence de témoins honorables. Les autres lois locales, moins rigoureuses en ce qui concerne l'écrit, sont toutefois formelles sur la nécessité du concours de témoins irréprochables quand la convention est purement verbale.

Libres d'introduire dans la convention les conditions qu'il leur plaît, les parties peuvent, à leur gré, fixer ou non un terme au remboursement du prêt garanti par le nantissement. C'est même le plus souvent la deuxième hypothèse qui se réalise. Lorsqu'une échéance ferme a été prévue, le créancier, impayé à son arrivée, a le droit d'exercer des poursuites contre le débiteur, de le mettre en demeure de le rembourser, d'obtenir d'un tiers la subrogation au droit du créancier qu'il désintéresse, ou de voir exécuter judiciairement le gage.

A défaut de terme, quand la rahnia a été conclue pour une durée indéfinie, le créancier ne jouit pas du droit d'exiger, à toute époque, le remboursement, pas plus que le débiteur ne peut recouvrer son immeuble en offrant au créancier la somme avancée. Il faut à ce sujet, s'en référer aux coutumes locales, de l'examen desquelles on peut déduire la règle générale suivante. C'est seulement quand le créancier a pu, au moins une fois, profiter des fruits de

---

1. Cf. Masqueray, *Formation des Cités*, p. 313.

l'immeuble engagé, et aux époques fixées par la coutume du pays, qu'il acquiert le droit de poursuivre son débiteur en paiement et que ce dernier peut contraindre son prêteur à recevoir son remboursement. Nombreuses et intéressantes sont, en cette matière, les règles édictées par les différents Kanouns.

La durée de la rahnia, à défaut de fixation contemporaine du contrat, dépend essentiellement de la nature des immeubles. La convention porte-t-elle sur des plants d'oliviers ? L'échéance consacrée par la coutume est en mai. Les jardins ne peuvent être rendus qu'en janvier ou en mars. Quant aux terres labourables, le créancier doit les conserver, et le débiteur ne peut les réclamer, avant la fin des moissons ou le début des labours. Nous empruntons à l'ouvrage d'Hanoteau et Letourneux le texte de certains de ces Kanouns.

Celui des Ait Kalifa porte « L'époque pour rendre les jardins ou vergers donnés en rahnia est le mois de mars ; pour les oliviers c'est l'été ; pour les terres de labour, le début de l'époque des labours ; pour les frênes le mois de mars ». « L'époque fixée pour rendre les vergers de figuiers donnés en rahnia, dit le Kanoun des Ait ou Mimoun, est le mois de mars, pour les terres de culture, le moment adopté est celui de la fin des moissons ». Quant à celui des Ait el Ader, il s'exprime ainsi : « Si quelqu'un donne son bien à rahnia, les deux parties sont libres de rompre le contrat à leur gré ; toutefois l'argent ne peut être rendu et le bien recouvré qu'aux époques

déterminées par l'usage : en mars pour les jardins et en octobre pour les terres de culture. Encore faut-il que le détenteur du terrain ne l'ait ni fumé ni labouré ». Le Kanoun de Koukou prévoit le cas où le bien engagé est un plant de figuiers « le constituant ne peut rembourser le prêteur qu'après que ce dernier a fait la récolte : il doit le faire avant le temps de la caprification (opération consistant à placer des fruits du figuier sauvage sur les arbres cultivés pour en favoriser la fructification) (1) ». « Pour les oliviers, le même kanoun et celui des Ait Aissa ou Mimoun en fixent l'époque de restitution au moment de la chute des fleurs, c'est-à-dire au moins de mai ou juin (2). »

A côté de ces déterminations laissées à la volonté des parties, certaines coutumes, plus rigoureuses, décident, qu'en l'absence de convention fixant le terme de l'opération, et quelle que soit la nature des immeubles donnés à rahnia, la durée légale de la rahnia est de trois ans, et aucune partie ne peut être contrainte de payer ou de recevoir jusqu'à son expiration. C'est du reste là une règle exceptionnelle dont nous n'avons que deux exemples dans la coutume des Ait Kani et dans celle de la tribu de Ouagour (3). Si à l'époque déterminée par la coutume, le débiteur n'est pas en mesure de s'acquitter et que

---

1. Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, II p. 536 suiv.
2. *Ibid*, t. III, p. 404.
3. *Ibid*, t. II p. 537. Masqueray, *op. cit.*, p. 313.

le créancier ne fait aucune diligence pour le contraindre à reprendre son immeuble, la rahnia continue par tacite reconduction pour une nouvelle période d'un an.

Affectée à la garantie d'une créance, le principal avantage que tire le prêteur de cette sûreté est le droit de rétention. De par son caractère indivisible, la rahnia ne prend pas fin proportionnellement, au fur et à mesure des paiements partiels du débiteur. Tant que le créancier n'est pas complètement remboursé, il conserve le droit de rester en possession intégrale de l'immeuble et il ne saurait être contraint d'en abandonner la moindre parcelle. Mieux encore, que si une contestation s'élève entre son emprunteur et lui, faisant application de la règle *in pari causa, melior causa possidentis*, le Kanoun d'Ait Faoucen décide que la jouissance du bien engagé sera conservée au prêteur jusqu'à complet remboursement (1).

Il n'appartient pas au débiteur de priver le créancier de son droit en aliénant l'immeuble à un tiers. Le possesseur rahniataire pourra, en toute hypothèse, opposer à l'acquéreur qui cherchera à l'évincer, son droit de rétention et, tout comme l'antichrésiste, en face d'un tiers acquéreur, il ne sera contraint de s'en dessaisir que si le tiers lui offre de le désintéresser. Il est même des coutumes où le créancier, outre son droit de rétention, a, contre le tiers acquéreur,

1. Hanoteau et Letourneux, *eod. loco.*

une véritable faculté de préemption, une sorte de retrait analogue à celui qui appartient à la famille pour éviter l'intrusion d'un copropriétaire étranger. C'est ainsi que le Kanoun de l'oued Sahel, frappe d'une amende de cinq douros (25 francs) celui qui veut acheter un immeuble mis en gage, sans tenir compte du droit de préemption du prêteur (1), et que le kanoun de la tribu des Imechedallen dit également : « Si un individu qui a donné son bien à rahnia veut le vendre, le possesseur jouit du droit de l'acheter avant tout autre. » (2).

Outre la faculté de conserver l'immeuble jusqu'à l'acquittement de l'obligation du débiteur, le créancier en acquiert, nous le savons, la jouissance complète sans avoir aucun compte à rendre au débiteur, et sans que sa dette en soit diminuée. Cette jouissance, pourtant, est nettement restreinte aux fruits : il peut les percevoir et en disposer. Mais il n'acquiert point la faculté de modifier les conditions d'exploitation de l'immeuble, de transformer les cultures, de procéder à des plantations ou d'y faire élever des constructions, sans le consentement exprès et formel du véritable propriétaire. Quand il l'a obtenu, et sauf une convention contraire assez fréquente, il a droit à une indemnisation de ses dépenses (3).

Le débiteur est tenu d'assurer au créancier la pai-

---

1. Masqueray, *op. cit.*, p. 266.
2. Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 539.
3. *Ibid.*, p. 537.

sible jouissance de l'immeuble engagé pendant toute la durée du prêt. Il a l'obligation de mettre fin aux troubles de fait et de droit de nature à y porter atteinte. Le créancier succombe-t-il dans l'action d'éviction que lui a intentée un tiers se disant le vrai propriétaire, est-il obligé de lui abandonner une portion ou la totalité de l'immeuble affecté à la garantie de sa créance, le contrat de nantissement disparaît *de facto*, et le débiteur, déchu du bénéfice du terme, lui doit immédiatement le remboursement de son prêt. Si même il réussit à établir la mauvaise foi du débiteur, ayant, en connaissance de cause, donné à rahnia un bien qu'il savait appartenir à autrui, il pourra, en outre, obtenir contre lui des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause cette éviction. La déconfiture du débiteur entraîne également la résiliation du contrat de rahnia et la créance du nanti devient immédiatement exigible. Il en est autrement du décès du débiteur, dont les héritiers supportent les obligations comme ils bénéficient des créances (1).

Quand arrive le terme fixé ou, qu'à défaut de terme, la sommation faite, en temps voulu, par le créancier au débiteur n'a pas eu de résultat, le créancier fait procéder à la vente de l'immeuble engagé. C'est là une hypothèse assez rare, car, ou bien le créancier n'a pas besoin d'argent et il a alors tout intérêt à conserver l'immeuble dont il tire un profit

1 : *Ibid.*, p. 539.

considérable sous forme de revenus, ou il est pressé par la nécessité de se procurer des fonds, et le débiteur trouvera aisément un prêteur qui désintéressera le premier créancier, contre la subrogation à sa créance et aux garanties dont elle est assortie. Quand cette éventualité se produit, et quand s'est écoulé le délai de grâce, non renouvelable, que le juge peut accorder au débiteur pour se libérer, il y a lieu de recourir à la vente de l'immeuble affecté. Elle est faite aux enchères publiques devant l'assemblée du village, la *djemâa*. Le plus fort enchérisseur est déclaré adjudicataire et paye immédiatement le créancier gagiste, remettant l'excédent s'il y en a, au débiteur Dans le cas où la somme ainsi produite est insuffisante à le désintéresser, le créancier conserve sa créance, mais le privilège qui la garantissait est anéanti.

Détenteur de l'immeuble d'autrui, le créancier rahniataire en est considéré comme le mandataire. Son intérêt bien compris lui commande de conserver l'immeuble en bon état d'entretien, pour faire réaliser au gage sa plus grande valeur s'il doit recourir à son exécution, ou le restituer intact, comme il en a le devoir, si le débiteur s'acquitte envers lui. L'obligation lui incombe donc de maintenir l'immeuble dans la situation de culture qu'il avait : d'arroser les arbres qui nécessitent ce soin, de procéder aux greffages, à l'élagage, à tous les travaux, en un mot entrant dans la jouissance d'un bon père de famille. Ces frais d'entretien sont, d'ailleurs, à sa

charge et il ne saurait se retourner contre le débiteur pour s'en faire indemniser, car ils constituent la juste compensation des fruits qu'il perçoit intégralement.

Il en est autrement des grosses réparations qui incombent au débiteur, en sa qualité de propriétaire et que le créancier peut le contraindre à faire opérer. Le débiteur est libre du reste, de donner mandat au possesseur d'y faire procéder, en ajoutant les déboursés qu'elles lui occasionnent au montant de sa créance privilégiée. Enfin, au cas où le débiteur récalcitrant se refuserait aux réparations devenues nécessaires, le créancier ne pourrait les faire exécuter qu'après avoir obtenu l'autorisation de justice. On craint que le détenteur ne trouve dans la plus-value donnée de la sorte à l'immeuble, et dans le privilège qui garantit ce supplément de créance, un moyen facile d'exproprier virtuellement le débiteur en le mettant dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation (1).

Une dernière question est celle du sort subi par le contrat quand l'immeuble qui en garantit l'exécution vient à périr, en tout ou en partie, par un cas fortuit, ou une faute incombant au propriétaire ou au possesseur. C'est le feu du ciel qui incendie un verger de figuiers ou une olivette, un tremblement de terre qui lézarde ou démolit la maison donnée à rahnia, des arbres qui meurent faute d'irrigation

1. *Ibid.*, p. 537.

suffisante par le créancier détenteur qui n'a pas pris les précautions d'usage à cet égard, une récolte perdue faute de soins suffisants donnés par le débiteur avant la transmission de l'immeuble au gagiste, ainsi privé des fruits qu'il espérait retirer de sa jouissance. Quand la perte est due à un cas fortuit ou de force majeure, le créancier n'acquiert qu'un seul droit : celui d'exiger le remboursement de son capital, ou l'affectation d'un nouveau gage équivalent. Si elle provient du fait du débiteur lui-même, outre cette restitution du capital avancé, le créancier peut lui demander une indemnisation des fruits et revenus dont il est privé depuis le jour où s'est produit l'événement calamiteux jusqu'à l'échéance normale de la créance, résultant de la convention ou de la coutume. Enfin, quand seul le créancier est en faute, la perte n'entraîne pas l'annulation du contrat ; le débiteur a le droit d'exiger de lui l'allocation de dommages-intérêts (1).

Portant à la terre une affection égale à celle du paysan français, pour son domaine, le Kabyle, beaucoup plus avancé économiquement que l'Arabe ou le Berbère arabisé, ne se résigne à se dessaisir définitivement de son bien que quand il lui est impossible d'échapper à cette nécessité. Tant qu'il n'en a pas perdu irrévocablement la propriété, il conserve l'espoir de la recouvrer un jour. Aussi plutôt que de se résoudre

1. *Ibid.*

à la vente définitive et incommutable d'une simple parcelle de son terrain, il préfère procéder à la mise en gage, à la constitution d'une rahnia, consentie moyennant une avance souvent infime, en considération de la valeur de l'immeuble engagé. La perspective de le reprendre plus facilement n'est pas étrangère à cette concession, et justifie l'insignifiance des sommes avancées. D'autre part, l'infinie division des terres en Kabylie, fruit du régime successoral plus simple qu'en territoire arabe, et peut-être bien aussi de raisons économiques : la fertilité du sol et la possibilité de la petite culture, s'oppose aux aliénations partielles de domaines en vue d'obtenir des ressources immédiates. Elle fait aux Kabyles une nécessité de recourir aux rahnias, en dépit de leurs inconvénients maintes fois signalés, et que nous aurons plus tard l'occasion d'analyser en détail.

CHAPITRE II

L'hypothèque kabyle

Sommaire

Inexistence actuelle. — Le « dépôt de la terre » de Hanoteau et Letourneux. — Leur description de cette institution. — Conditions de forme et de fond. — Effets. — Droit de suite. — Droit de vente et de préférence. — Comparaison avec l'hypothèque française. — Causes de sa disparition.

Sur la foi des écrivains consciencieux que sont MM. Hanoteau et Letourneux, à l'admirable ouvrage desquels nous avons nous-même fait de si précieux et abondants emprunts pour la rédaction de notre chapitre précédent, tous les auteurs algériens, y compris les plus récents, ont admis en Kabylie, à côté de la rahnia dont nous venons d'examiner les conditions de validité et les effets, l'existence d'une institution semblable à notre hypothèque moderne, c'est-à-dire une sûreté immobilière, accompagnée du droit de suite et de préférence, et n'entraînant

pas la dépossession du débiteur constituant. De fait, la culture économique des Kabyles, le souvenir des institutions anciennes dont ils ont conservé le respect, les traces nombreuses qu'on retrouve à chaque pas d'une civilisation inconnue des populations nomades de l'Algérie, leur amour de la terre, leur caractère sédentaire, faisaient plus que justifier l'hypothèse ou la constatation d'un instrument de crédit foncier plus raffiné que la rahnia, ou la tsénia, dont nous avons montré plus haut l'inexistence tout au moins sous la forme de vente à réméré. D'aucuns prétendaient même y voir le lien entre le nantissement immobilier proprement dit, avec tradition effective du bien engagé, et notre hypothèque moderne perfectionnée (1). Suivant la théorie chère à certains économistes et d'ailleurs parfaitement exacte (2), ils voulaient y découvrir le maillon de la chaîne qui relie les deux institutions, et fournir un exemple de ce qu'avait dû être l'évolution des sûretés réelles dans les civilisations anciennes et modernes.

Cependant toutes les recherches que nous avons faites récemment, les renseignements dont nous nous sommes entouré, les enquêtes particulières que nous avons opérées, ne nous ont permis de

---

1. Besson. *Législation civile de l'Algérie. Grande encyclopédie*. V° *Hypothèque*.

2. Leroy-Beaulieu. *Traité d'économie politique*, t. I, p. 41.

découvrir nulle part la trace de cette hypothèque. Nous aurions aimé à pouvoir confirmer l'existence de cette institution qui dénotait chez les Kabyles un état avancé, nullement incompatible avec ce que la plus superficielle observation met en évidence. Partout la même réponse nous a été faite ; les Kabyles, comme les populations arabes, ne pratiquent plus que la rahnia, ils ne recourent plus qu'au procédé du gage immobilier proprement dit, qui donne au créancier, en même temps qu'une sécurité absolue, la jouissance des fruits et des revenus.

Est-ce à dire, dès lors, que Hanoteau et Letourneux se soient trompés ? Ont-ils confondu une vulgaire rahnia avec convention de précaire, telle que l'autorisent les règles coutumières, puisqu'elles ne condamnent pas le prêt à intérêt et le laissent revêtir toutes les formes, avec l'hypothèque qu'avaient connue les jurisconsultes romains, et qui fit en France sa réapparition au XIII^e^ siècle ?Peut-être y a-t-il là la solution de cette difficulté. Nous préférons cependant opter pour une autre hypothèse. L'hypothèque qu'ont décrite Hanoteau et Letourneux a bien existé. Les Kabyles étaient arrivés, grâce à leurs besoins économiques, à leur mépris des prescriptions rétrogrades du Coran, à la possession d'un instrument de crédit supérieur au nantissement. Mais depuis l'occupation française effective de la Kabylie, depuis que nos magistrats ont remplacé les anciens marabouts dans la solution des litiges entre indigènes

l'institution a disparu pour laisser le champ libre à la seule rahnia.

Comment expliquer en effet, en l'absence de cette hypothèse, la vivacité de la peinture que nous tracent Hanoteau et Letourneux de cette combinaison, le luxe de détails qu'ils apportent à sa description et qui semblent être le résultat d'une observation profonde et minutieuse, le fruit d'un séjour prolongé parmi des populations, dont ils connaissent, dans leurs moindres manifestations, le langage et les mœurs ? Reportons-nous donc à cette description et voyons fonctionner ce qu'ils appellent le *thimersiouth en thermout* (le dépôt de la terre) (1).

Analogue à notre hypothèque, elle constitue une sûreté réelle sans dépossession du débiteur. A l'origine, sans doute, le débiteur abandonnait pendant quelques jours la détention de l'immeuble au créancier qui la lui restituait ce délai écoulé, afin de bien manifester à tous le droit réel grevant l'immeuble affecté. C'était une formalité semblable au vest et au devest, qu'exigeait, dans les pays de nantissement de l'ancienne France, la constitution d'un gage hypothécaire, vestige de la tradition matérielle du gage, inhérente à la législation germaine et franque, comme à toutes les législations primitives répugnant aux fictions. Le développement de l'écriture fit, à la longue, remplacer cette prise de possession temporaire du créancier, par la

1. Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, II, p. 529.

rédaction d'un écrit dressé par un lettré un *alem*, en présence de l'assemblée du village, des anciens (*akkal*). Désormais le créancier, réputé nanti par le fait seul de cette rédaction, était censé avoir retransféré la détention au débiteur (1).

Exigeant chez le constituant la capacité d'aliéner, ou, dans le cas où le tuteur voulait affecter les biens d'un mineur ou d'un interdit, l'autorisation du conseil de famille, cette hypothèque, d'origine purement conventionnelle et non attachée comme chez nous aux décisions judiciaires, pouvait porter sur toutes sortes d'immeubles. Elle demandait cependant pour la garantir, que la créance dont elle était l'accessoire, fût à la fois liquide et déterminée. De son caractère indivisible, on tirait cette conséquence, contraire au droit français, que portant sur plusieurs immeubles à la fois, l'hypothèque ne pouvait être arbitrairement restreinte à l'un ou à l'autre. Elle ne pouvait, en outre, jamais être conférée par le débiteur que sur ses biens présents et actuels. Quand le constituant n'avait sur l'immeuble qu'il affectait à la sûreté de son créancier, que des droits résolubles et susceptibles d'annulation, il devait en aviser son co-contractant, sous peine d'être contraint au remboursement du capital prêté, ou à la fourniture d'un bien non grevé. Même obligation lui incombait, au cas de perte partielle ou totale de l'immeuble, due à son fait ou à force majeure : sa

1. *Ibid.* p. 530.

qualité de détenteur le soumettait aux risques de l'immeuble. D'autre part, le créancier, qui ne pouvait souffrir de la dépréciation subie par l'immeuble affecté à sa garantie, bénéficiait, au contraire, de toutes les améliorations qui y étaient apportées et de la plus-value en résultant pour lui (1).

Conservant la possession de son immeuble, le débiteur n'était pas libre de porter atteinte au droit qu'il avait constitué au profit de son créancier. Il n'avait pas le droit, sans son consentement, de conférer à un second créancier une nouvelle hypothèque. Il ne pouvait pas davantage disposer de son bien à titre gratuit ou onéreux, sans que l'acquéreur se fût engagé à désintéresser le créancier hypothécaire, ou que la vente eût lieu à un terme postérieur à l'échéance de la créance. Son droit de suite se manifestait sous la forme de la faculté qui lui appartenait de demander l'annulation de la vente opérée au mépris de ces prescriptions, sauf si l'acheteur le désintéressait. L'acquéreur n'était jamais autorisé à opposer au créancier une prescription acquisitive ou extinctive de son droit, et aucun moyen ne lui était accordé de purger les droits réels dont l'immeuble était susceptible de se trouver grevé. Seul le consentement du créancier à la vente valait purge de son droit (1).

Impayé à l'échéance fixée dans la convention, le

---

1. *Ibid.* p. 531-532. Comp. art. 2129. . § 2. 2131. 2133. du C. civ.

créancier pouvait recourir à justice pour obtenir la transformation de son droit réel en un droit de créance privilégiée sur le prix. Le délai de grâce, facultatif pour le juge, expiré, ou le premier payement partiel non réalisé, le créancier était libre de poursuivre la vente. Il devait l'annoncer quelques jours à l'avance. Le délai, sans être impératif, devait être suffisamment éloigné pour permettre au débiteur ou à sa famille, dûment convoqués et sommés, d'y assister. Elle avait lieu aux enchères publiques devant l'assemblée du village, tout comme au cas d'exécution d'un immeuble rahnié. Le dernier enchérisseur, proclamé adjudicataire, versait immédiatement aux mains du créancier poursuivant, en présence du débiteur saisi ou de son mandataire, le montant du prix de vente. Ce dernier touchait l'excédent, s'il y en avait, et au cas de déficit, le créancier privé de son privilège, ayant par sa vente, détruit son gage, était relégué au rang de simple créancier chirographaire. Quand le gage hypothécaire, au lieu d'affecter un seul bien, portait sur plusieurs immeubles la vente en avait lieu successivement et s'arrêtait dès que le produit était suffisant pour désintéresser le créancier. Enfin, dans l'hypothèse ou plusieurs créanciers venaient en concours sur le prix d'un même immeuble, l'ordre se réglait entre eux d'après la maxime *prior tempore potior jure*. L'antériorité fût-elle d'une

1. *Ibid.*, p. 532.

heure, suffisait à assurer à un créancier la préférence sur les autres. Au cas où le bien garantissait plusieurs créances contractées conjointement, le partage du prix s'opérait proportionnellement au montant de leurs créances respectives (1).

Le « dépôt de la terre » avait donc une grande affinité avec notre hypothèque. Il évitait l'inconvénient économique de la dépossession du débiteur et offrait au créancier presque tous les avantages de la rahnia, puisqu'il n'était pas limité, la plupart du temps, dans la fixation des intérêts qu'il exigeait du débiteur par les règles restrictives de sa liberté. Au contraire, il n'était pas, comme le créancier nanti, astreint à la bonne administration du bien ; les risques ne lui incombaient jamais, quelle que fût la cause de dépréciation de l'immeuble.

Sur certains points de détail, l'hypothèque kabyle se détachait de l'institution que règle notre Code civil, et justifiait ainsi l'opinion des économistes, y voyant l'échelon intermédiaire entre elle et le nantissement immobilier. Vestige du temps où elle se constituait par sa dépossession était l'interdiction pour le débiteur de disposer à son gré de l'immeuble hypothéqué, sans obtenir au préalable le consentement du créancier. Les Kabyles ne concevaient donc pas le droit de suite comme le nôtre, donnant au créancier le droit de poursuivre l'immeuble entre quelques mains qu'il fût. Il revêtait la forme d'une

1. *Ibid.*, p. 533.

action en nullité dirigée contre la vente opérée au mépris de son droit, et en l'absence de son autorisation. A la différence de notre hypothèque actuelle, l'hypothèque kabyle n'était soumise à aucune forme de publicité particulière : la rédaction d'un écrit devant les notables, ayant pour but, non de sauvegarder le droit des tiers, mais de remplacer la dépossession effective du débiteur. Il est vrai que le défaut de publicité était peu sensible, étant donné le cercle restreint du village kabyle où toutes les nouvelles se divulguent et où, quoique non destinée à ce but, la rédaction publique d'un acte produisait le résultat de porter la constitution de l'hypothèque à la connaissance des tiers. Enfin, chose inconnue dans notre Code civil, quand l'échéance arrivait, sans amener avec elle la libération du débiteur, le juge jouissait du pouvoir de lui accorder un délai pour s'acquitter, passé lequel la dette devenait absolument exigible sans renouvellement possible de cette faveur.

Si vivante que fût cette opération, et, comme nous le disions, la description d'Hanoteau et Letourneux enlève, par sa minutie et son exactitude, presque toute hypothèse d'une erreur ou d'une assimilation hâtive, il n'en est pas moins exact qu'il est impossible d'en retrouver trace aujourd'hui. On prétend, cependant, que les anciens de certaines tribus ont conservé le vague souvenir d'une institution qui leur permettait autrefois de recourir, pour obtenir du crédit, à autre chose qu'aux rahnias. Quant aux

Kanouns écrits, aucun ne fait mention de ce « dépôt de la terre ». Ce n'est pas là encore une raison suffisante de déduire qu'elle n'a jamais existé ailleurs que dans le livre d'Hanoteau et Letourneux. Nous avons suffisamment insisté, dans notre introduction, sur le caractère souvent verbal de la coutume et de la tradition, pour ne pas tirer argument de ce silence de textes fréquemment tronqués, dont la teneur n'a été confiée qu'à regret aux Européens, aux « roumis », et qui, simples tarifs de pénalités, sont loin d'être un véritable recueil de toutes les lois ou usages civils.

Mais si cette hypothèque a existé, à quelles causes attribuer sa disparition ? Pourquoi cette régression d'un peuple, dont nous nous plaisons à vanter, surtout quand on les compare à l'atonie de ses coreligionnaires du reste de l'Algérie, les qualités économiques ? Diverses hypothèses peuvent expliquer que l'hypothèque indigène n'ait pas résisté à notre mainmise sur le pays kabyle. Avec la sécurité plus grande qu'a fait régner notre autorité entre Arabes et Kabyles, leurs relations sont devenues plus fréquentes. Ils se sont pénétrés plus intimement qu'autrefois et le spectacle des Arabes restés au régime de la rahnia, du gage immobilier, a, par la sûreté énorme donnée au créancier, non soumis comme dans l'hypothèque à la nécessité d'une action quand le débiteur aliène l'immeuble grevé au mépris de son droit, contribué à les ramener aussi à l'usage exclu-

sif de cette institution, qu'ils pratiquaient autrefois concurremment avec le « dépôt de la terre ».

A cette hypothèse, peu vraisemblable, nous en préférons une autre, que justifie l'œuvre actuelle de la jurisprudence (1). Peut-être nos magistrats français qui ont, depuis l'établissement définitif de notre contrôle absolu en Kabylie, remplacé les anciens arbitres locaux, ont-ils confondu les deux institutions distinctes, par un esprit d'assimilation avec les coutumes arabes. Habitués à toujours envisager les engagements comme des antichrèses, qu'ils fussent passés sous forme de rahnia ou de tsénia, ils n'ont pas su faire la part des usages locaux kabyles. Ne découvrant dans aucun des Kanouns, dont le recueil constituait leur Code en matière indigène kabyle, trace d'une hypothèque distincte de la rahnia, ils n'ont jamais admis que les plaideurs vinssent les entretenir d'une institution pareille. Quand un litige s'élevait entre un créancier hypothécaire et un débiteur récalcitrant, le juge de paix français, saisi de la contestation se bornait à examiner quel était, au moment de l'introduction de l'action, le possesseur, le détenteur effectif de la parcelle litigieuse. Si c'était le créancier, il le déclarait gagiste, et lui attribuait le bénéfice attaché à ce titre. Que le débiteur eût été maintenu en possession, le juge en inférait qu'on se trouvait en présence d'une simple créance chirographaire, à supposer même que le

1. Cf. Chap. suiv., *l'Hypothèque au Mzab*.

créancier pût faire la preuve de son titre, car la prise de possession était à ses yeux, la condition *sine qua non* de la naissance et de la conservation du privilège. Quelques décisions de ce genre suffirent sans doute, à faire perdre toute sécurité au créancier qui, confiant dans son débiteur, avait cru pouvoir lui laisser la jouissance de son bien, tout en en obtenant l'affectation à sa garantie. Aussi, par un retour au procédé primitif, ont-ils renoncé à ce progrès qui comportait pour eux un aléa trop considérable, et sont-ils revenus à la pratique exclusive de la rahnia. Nous aurons, au chapitre suivant, l'occasion de constater qu'une jurisprudence analogue est en train de s'établir au sujet de l'hypothèque mozabite dont l'existence, quoique certaine, n'en est pas moins contestée par les arrêts de la Cour d'Alger.

Jusqu'à présent donc, tous les auteurs algériens ont basé leurs raisonnements sur l'existence d'une hypothèque kabyle. Ils en tiraient des conséquences variables, tant au point de vue des conflits possibles entre droit musulman et kabyle, qu'à l'égard des effets différents de la francisation en territoire arabe ou kabyle. Ce dernier plus rapproché de nos institutions était, affirmaient-il, moins propre à soulever des difficultés et des contradictions. Devant les résultats auxquels ont abouti nos recherches actuelles, nous aurons à modifier, sur ce point, les conclusions de nos devanciers. Il nous faudra assimiler purement et simplement les effets du passage d'un statut réel

indigène, kabyle ou arabe, sous le statut réel français, et simplifier la solution à apporter au conflit entre droits indigènes restreints, sauf sur certains points de détail dont nous signalerons la nature.

TITRE III

Le Droit Ibadite

CHAPITRE UNIQUE

Les sûretés réelles immobilières au Mzab

Sommaire

1° Le prêt à intérêt. — Principes. — Subterfuges. — 2° Sûretés réelles. — La Rahnia. — Conditions de forme et publicité. — Effets. — Droit de suite. — Modes d'extinction. — Purge. — Libération du débiteur. — Vente du gage. — Les arrêts de la Cour d'Alger.

Seuls dépositaires, à leur dire, de la véritable foi musulmane, descendants ou adeptes de ceux qui, aux premiers siècles de l'Islam, avaient subi les persécutions et l'extermination pour le triomphe des croyances primitives, les Mozabites, troisième élément des populations indigènes de l'Algérie, devaient se montrer plus sévères encore que les autres races

sur le chapitre de la prohibition de l'usure. Ils ne pouvaient violer le principe formel de Dieu, rapporté par son prophète, dont la révélation et les paroles forment leurs seules sources religieuses et juridiques. Mais plus que tous les autres aussi, ils devaient ressentir les rigoureuses conséquences de ce précepte, car, obligés de tirer du sol ingrat toutes les ressources de la vie, ils avaient atteint un degré de progrès économique qu'ignoraient les Kabyles eux-mêmes, et qui leur a valu les éloges de nos plus grands économistes modernes (1). Les combinaisons grossières des peuples primitifs ne leur suffisant plus, il leur fallait des procédés conciliant à la fois, leurs aptitudes commerciales, leur souci de l'intérêt particulier et leur respect scrupuleux de la loi écrite.

Aussi trouvons nous chez eux des opérations rappelant à s'y méprendre les moyens auxquels avaient recours les banquiers du Moyen âge pour faire fructifier leurs capitaux sans violer la lettre des injonctions canoniques. Un commerçant gêné a-t-il besoin de fonds pour faire face à une échéance, il ira trouver son voisin qu'il sait nanti de numéraire, et lui proposera de lui emprunter une forte somme contre un intérêt annuel variable suivant sa solvabilité. Mais le mot intérêt lui-même ne sera pas prononcé. Il y aura simplement une vente à terme qui pourra revêtir l'une des formes suivantes. L'emprunteur offrira au prêteur de lui acheter une certaine quan-

1. Leroy-Beaulieu. *Traité d'économie politique*, I, p. 54.

tité de numéraire contenu dans un sac, et dont il sera censé ignorer la valeur. Le créancier acceptera la proposition et un véritable débat s'engagera sur le prix à fixer pour la perfection de la convention, de façon à lui donner l'allure d'une aliénation réelle et sincère. Finalement, le débiteur emportera la somme achetée contre la promesse de la payer au terme fixé à un prix comprenant son montant augmenté d'un intérêt variable.

Parfois l'opération n'est pas aussi simple, et nécessite l'intervention d'un tiers, consentant à jouer le rôle d'acheteur et de vendeur intermédiaire. L'emprunteur se rend chez le prêteur, choisit un objet lui appartenant et le lui achète pour une somme que nous fixerons à 1000, payable à un an de terme. C'est une vente à terme, licite par conséquent. Le débiteur transfère alors la marchandise au tiers intermédiaire qui la lui paye comptant, 900 par exemple, et le nouvel acquéreur la recède aussitôt au vendeur primitif, c'est-à-dire au créancier, pour cette même somme de 900. Les deux opérations auxquelles il s'est livré s'annulent de la sorte, et la marchandise, véhicule du prêt, rentre entre les mains du prêteur qui se trouve, en fin de compte, avoir prêté au débiteur une somme de 900 à intérêts de 10 o/o l'an. Grâce à ces subterfuges la loi coranique sera tournée au moyen de deux ventes, licites quand elles sont considérées séparément, mais dont la réunion ne constitue pas moins une opération usuraire.

Ne croirait-on pas se trouver en présence du con-

trat de *mohatra* dénoncé par Pascal (1) comme une des conséquences de la casistique et de l'hypocrisie, et que Pothier décrit en ces termes, pour le condamner. « Le contrat par lequel vous me vendez une chose à crédit, que je revends au comptant incontinent ou très peu après à vous-même ou à une personne par vous interposée, pour une somme moindre que le prix pour lequel vous me l'avez vendue, dont je reste envers vous débiteur ; il est évident que dans ce contrat nous n'avons pas une véritable volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiser sous une fausse apparence de contrat de vente, le prêt usuraire que vous me faites de la somme d'argent que vous m'avez comptée... Il pourrait donc y avoir lieu de vous poursuivre comme usurier, s'il y avait une grande différence entre le prix pour lequel vous m'avez vendu la chose à crédit, et celui pour lequel vous me l'avez rachetée au comptant, d'où il résulterait une usure énorme. » (2). De son côté Nauphal, dans son ouvrage sur la *Propriété* en droit musulman, mentionne un procédé identique de constitution de prêt à intérêt (3), tant est vrai le principe qu'à des prohibitions rigoureuses et inapplicables correspondent instinctivement des ruses identiques (4).

Commerçants avisés en même temps qu'ingénieux

1. Pascal. *Lettres provinciales*, VIII.
2. Pothier. *De la vente*, n° 38. Vol. III, p. 16 et 17.
3. Nauphal. *Cours de droit musulman. La propriété*, p. 69.
4. Rapprochons-en le procédé suivant en usage chez les Israélites tunisiens soumis à leur loi religieuse qui leur

agriculteurs, les Mozabites étaient naturellement appelés à faire servir leurs propriétés foncières à la garantie de leurs emprunts, car ils connaissent et apprécient la valeur du gage immobilier et sa supériorité sur le nantissement d'un simple meuble. Mais comment allaient-ils le réaliser ? La vente à réméré ne pouvait acquérir chez eux un droit à l'existence. Elle se heurte trop ouvertement aux règles coraniques interdisant d'introduire dans le contrat de vente une condition, un aléa, propres à en ajourner le caractère définitif. Aussi avons-nous appris sans surprise de la bouche de ceux auxquels nous sommes redevable des éléments qui nous servent à la rédaction de ce chapitre, que la tsénia est complètement inconnue au Mzab, et, qu'à l'inverse des Musulmans orthodoxes du reste de l'Algérie, les Mozabites ne recourent pas à ce procédé de crédit foncier.

Pratiquent-ils la rahnia telle que l'ont imaginée les coutumes indigènes algériennes ou kabyles, c'est-à-dire le nantissement immobilier du créancier autorisé à jouir du gage sans diminution du chiffre de sa créance? Il y a là aussi une violation trop peu déguisée de l'interdiction du prêt à intérêt, pour que les Mozabites puritains consentent à insérer une

interdit, entre eux, le prêt à intérêt. Ils recourent, pour éluder cette prohibition, à une constitution d'antichrèse suivie de la location fictive de l'immeuble à un tiers, moyennant une somme représentant les intérêts convenus ; et le tiers le sous-loue immédiatement au débiteur pour le même prix. Tunis. Trib. civ., 28 novembre 1890. J. R. 1890. 476.

clause semblable dans un contrat. C'est pourquoi le *Nil*, leur texte législatif par excellence, l'équivalent chez eux du Précis de Sidi Khelil, dans le livre consacré à la matière du nantissement, condamne de la façon la plus formelle la stipulation de cette perception des fruits par le créancier, et frappe de nullité la convention qui la contient. Si c'était là la seule différence séparant le nantissement mozabite du gage algérien, le présent chapitre n'aurait guère de raison d'être, et nous nous bornerions à constater que, par cette condamnation, les Mozabites justifient leur prétention d'être les seuls fidèles observateurs du Coran.

Mais cette conclusion simpliste, adoptée par la Cour d'Alger, partant sans doute de l'amour de l'uniformité, caractéristique de la loi française moderne, systématiquement hostile à toute reconstitution des législations locales qu'étaient les anciennes coutumes, ne saurait nous satisfaire. Certes, le Nil ne nous parle que du nantissement et, sous le bénéfice des observations que nous aurons à faire à son égard, il ne paraît régler qu'une institution rappelant de très près la rahnia musulmane. Mais comme les coutumes kabyles forment une partie importante de la législation, et le droit coutumier algérien a su modifier sur nombre de points les conséquences logiques, mais fâcheuses, de l'enseignement du Prophète, de même la coutume mozabite, source considérable du droit, a imaginé, à côté de la rahnia orthodoxe, une institution voisine de notre hypothèque

et de celle décrite par Hanoteau et Letourneux sous le nom de « dépôt de la terre ». Sans en changer l'appellation et en lui conservant le vocable de rahnia, les Mozabites ne connaissent, pour ainsi dire, plus aujourd'hui comme sûreté réelle immobilière que l'hypothèque où le débiteur, resté possesseur de son bien, continue à en jouir. Si le nantissement proprement dit reçoit encore quelques applications, il ne tardera sans doute pas à disparaître, à moins que des décisions judiciaires du genre de celles que nous analyserons plus loin, ne viennent mettre obstacle à la réalisation de cet effet normal du progrès économique.

L'hypothèque, par sa nature même, avait d'ailleurs toute chance de conquérir droit de cité en législation mozabite, en raison de l'impossibilité où se trouve le créancier gagiste de percevoir les fruits de l'immeuble. Il ne peut le faire qu'à charge de les imputer sur le capital, ce qui l'astreint alors à une reddition de comptes périodique et cette obligation est la source de litiges sans nombre. Que le débiteur reste, au contraire, en possession de son bien et toute difficulté disparaît. L'emprunt dont il aura besoin sera contracté grâce à un des moyens que nous indiquions plus haut. La créance majorée, exigible à un terme déterminé, sera garantie par un immeuble du débiteur qui n'en transférera pas *hic et nunc* la détention, mais en sera exproprié s'il ne s'acquitte pas de son obligation à l'échéance primitivement fixée. Tous les magistrats ibadites que nous

avons interrogés, tous les notables mozabites auxquels nous nous sommes adressé ont été unanimes dans leur réponse. Nous pratiquons couramment chez nous une sûreté réelle immobilière où le débiteur reste nanti, et la description minutieuse, tant des conditions de constitution que des effets de cette institution, nous interdit absolument d'admettre les conclusions des arrêts de la Cour d'Alger que nous réfuterons bientôt. Au contraire elle confirme pleinement l'opinion que nous professons, avec tous ceux qui ont étudié les communautés mozabites, à savoir qu'elles forment un élément indigène fort en avance sur leurs coreligionnaires. Nous allons d'ailleurs retrouver, dans cette matière même de l'hypothèque, des preuves multiples de leur degré de culture économique.

Comme dans toute législation, l'hypothèque ne peut, au Mzab, être constituée que par une personne jouissant de la propriété de l'immeuble et de la capacité de l'aliéner, un tuteur ou un mandataire muni d'une procuration spéciale à cet effet. Mais à la différence du reste de l'Algérie, où l'instruction chez les indigènes est à peu près nulle, les Mozabites plus lettrés, ne manquent jamais de constater par un écrit les constitutions de sûretés réelles. Une fois d'accord sur le montant de la somme avancée, prêteur et emprunteur se rendent chez le cadi. Celui-ci procède alors à la rédaction d'un acte constatant le montant du prêt consenti, l'époque du terme fixé pour son remboursement et la description de l'im-

meuble affecté à sa garantie. Il le désigne par sa nature même : maison, jardin ou palmeraie, ses tenants et ses aboutissants (1). L'acte dressé en un seul exemplaire remis au créancier est transcrit sur le registre du greffe du tribunal du cadi (mahakma), qui devient ainsi un véritable livre foncier analogue à notre registre de la conservation des hypothèques. Le cadi autorise, en effet, les intéressés à consulter le recueil des actes relatifs aux transactions foncières et aux droits réels, et à se rendre compte de la situation exacte d'un immeuble qu'ils se proposent d'acquérir ou de faire servir à la garantie d'un prêt. Cette communication donne lieu à la perception d'une rétribution, appelée droit de recherche. Peut-être faut-il voir dans ce dernier fait, peu conforme aux prescriptions administratives françaises, énumérant limitativement les droits que pourront percevoir les cadis, la raison de la répugnance qu'éprouvent ces magistrats à fournir des renseignements détaillés sur le fonctionnement de la publicité des opérations foncières. Il est vrai que nous n'avons pas lieu de nous plaindre d'une situation de fait, constituant sur le reste de l'Algérie, où la propriété indigène sort à peine du chaos, un immense progrès.

Mais une objection peut venir à l'esprit. Le cadi en matière de transaction réelle, n'a pas, comme nos conservateurs des hypothèques, une compétence territoriale. Qu'un habitant de Ghardaia, de passage

---

1. Comp. art. 2129, § 1er C. c.

à El Atteuf, veuille affecter à une dette contractée dans cette ville, un jardin dont il est propriétaire à Ghardaia, et qu'il se rende, à cet effet, chez le cadi d'El Atteuf, que devient alors le principe de publicité ? Ce dernier magistrat ne dressera pas immédiatement un acte susceptible d'être frappé de nullité, si l'immeuble affecté était déjà grevé d'un droit réel au profit d'un précédent créancier dont le consentement est requis pour la validité de la deuxième hypothèque. Il avisera son collègue de Ghardaia de la transaction en perspective, et le priera de le renseigner sur la situation hypothécaire véritable de l'immeuble. Ainsi le cadi de Ghardaia se trouvera informé de la constitution d'hypothèque projetée, et s'il l'autorise, il pourra en conserver trace sur ses registres. Organisée de la sorte, la publicité est plus que suffisante à assurer la sécurité des transactions immobilières, surtout si l'on tient compte de la rareté d'une hypothèse comme celle que nous venons d'envisager, et du cadre restreint des villes mozabites. La plupart en effet ne sont que de gros villages, où les moindres événements ont leur répercussion, et où toutes les nouvelles se répandent avec une rapidité surprenante.

Constituée suivant ces formes, l'hypothèque fait naître au profit du créancier le droit de suite et de préférence. Certes, le droit de suite n'est pas celui que nous connaissons aujourd'hui, donnant au créancier le droit de réclamer, à l'échéance, le paiement de sa créance à toute personne entre les mains

de laquelle peut se trouver l'immeuble lui en garantissant le remboursement. Comme dans l'ancienne hypothèque kabyle, il se manifeste sous la forme de l'interdiction faite au débiteur d'aliéner le bien affecté ou de constituer sur lui un nouveau droit réel, sans obtenir, au préalable, le consentement exprès du premier créancier. S'il passe outre à cette prescription, le créancier a le droit de poursuivre la nullité de la vente à l'encontre du tiers acquéreur, sauf à ce dernier à le désintéresser. De plus il pourrait exiger du débiteur des dommages-intérêts pour le tort éprouvé, et même une condamnation judiciaire à l'amende, s'il faisait contre lui la preuve d'une fraude.

Muni au contraire de l'autorisation du créancier, le débiteur est libre d'aliéner ou d'affecter son immeuble à un nouvel emprunt. Le consentement du créancier à la vente entraîne la perte du privilège qu'il devait à son hypothèque, et purge, par conséquent, l'immeuble du droit réel qui le grevait. Cette autorisation se donne sous la même forme que la constitution du droit. L'acquéreur, le débiteur, le prêteur se rendent devant le cadi. Le débiteur déclare vouloir aliéner son immeuble et le créancier consentir à cette aliénation, à condition que le prix en sera versé entre ses mains, tout au moins à concurrence de sa créance. Si le prix est égal à ce montant, le débiteur est complètement libéré ; est-il supérieur, le créancier lui en remet l'excédent ; au cas, enfin, où il est inférieur, le débiteur reste redevable au créancier de la différence, mais sans que le

privilège du gage, que le créancier a épuisé par son autorisation à la vente, garantisse le paiement de ce reliquat.

En dehors de ce mode particulier de purge, il existe deux autres causes d'extinction de l'hypothèque, la deuxième remplaçant le droit réel du créancier, assorti du droit de suite sous la forme que nous venons d'analyser, par un droit de créance privilégiée sur le prix. Ce sont la libération du débiteur et l'exécution de l'immeuble engagé.

Si à l'échéance le débiteur est en mesure de s'acquitter de son obligation ou s'il a trouvé un nouveau prêteur, prêt à désintéresser le premier pour se substituer à ses droits, il en avise le créancier hypothécaire. La mainlevée de l'hypothèque ou son transfert à un nouveau titulaire, est entourée des formalités inverses de sa constitution. En présence du cadi, le créancier remet au débiteur, en échange de la somme avancée, le titre qui constatait son droit. Le cadi dresse alors une quittance en bonne et due forme, et mention en est faite dans les registres du greffe de son tribunal. Ainsi donc la consultation de ce registre est, comme nous le disions, un excellent moyen de connaître la situation exacte d'un immeuble, puisqu'il contient la relation de tous les actes qui l'intéressent.

Mais quand le délai du prêt est expiré et que les sommations de l'emprunteur à son débiteur d'avoir à se libérer, sont restées vaines, le créancier va s'adresser au juge pour obtenir l'autorisation de faire

procéder à l'exécution du gage. Annoncée par le crieur public à trois marchés successifs, c'est-à-dire pendant trois semaines, la vente a lieu aux enchères publiques sur la place même du marché. L'immeuble est adjugé au dernier enchérisseur, qui remet immédiatement au créancier le prix d'acquisition. Les trois situations que nous signalions plus haut, au sujet du consentement à la vente amiable, peuvent se produire ici : le prix est inférieur, égal ou supérieur à la créance garantie. Les résultats en sont les mêmes en ce qui concerne les rapports du créancier et du débiteur. Quant à l'adjudicataire, l'immeuble passe entre ses mains libre de toute charge réelle.

Dans le cas où plusieurs créanciers viendraient en concours sur le prix à distribuer à la suite de l'adjudication d'un immeuble, l'antériorité réglerait seule leurs droits respectifs. Le simple examen de leurs titres suffira, la plupart du temps, à établir la date exacte de la constitution, et, à supposer que deux hypothèques aient été consenties le même jour sur un même immeuble, le conflit entre créanciers se tranchera par tous les moyens de preuve, même testimoniale. L'antériorité d'une heure suffira à assurer le priorité à l'un d'eux. Enfin, au cas où un emprunteur se sera obligé envers deux ou plusieurs créanciers conjointement, la distribution du prix se fera entre eux au marc le franc, et proportionnellement au montant de leurs créances respectives.

Telle est l'hypothèque mozabite qui rappelle singulièrement le dépôt de la terre, employé autrefois,

dit-on, en Kabylie. Il n'y a d'ailleurs rien de surprenant à cette ressemblance. Les Mozabites ont plus d'un trait commun avec les Kabyles. Ils appartiennent tous deux à la race autochtone, à la famille berbère, et si les premiers ont subi plus profondément que les seconds l'empreinte de la loi du Prophète, ils ont été entraînés à découvrir des moyens de tourner ce que ses prescriptions avaient de contraire au développement et au progrès matériels. Arrivés à un degré de civilisation commerciale plus avancé que les tribus arabes, il était tout naturel que ces deux îlots de populations berbères recourussent à des instruments que nous avons vu, dans toutes les législations, remplacer les institutions surannées et primitives de la vente à réméré et de l'antichrèse proprement dite, tout au moins sous sa forme originale.

Offrant des points communs avec notre hypothèque : une certaine forme de publicité, le droit de préférence du créancier, l'hypothèque mozabite présente aussi quelques différences que nous connaissons déjà : obligation pour le débiteur d'obtenir le consentement du créancier pour disposer de son immeuble en l'aliénant ou en le grevant d'une nouvelle sûreté, absence de la purge et disparition du droit réel avec la vente amiable.

La Cour d'Alger ne s'est pas ralliée à notre manière de voir. Par deux fois, elle a décidé que les Mozabites, en leur qualité de Musulmans orthodoxes, ne pouvaient connaître l'hypothèque, telle que nous la

concevons, et que seule la rahnia était en usage parmi les populations de la confédération du Mzab. Dans un arrêt du 20 mars 1882, elle s'exprimait ainsi : « Une des conditions essentielles à la validité de la rahnia est la prise de possession par le créancier de l'immeuble sur lequel son droit doit s'exercer. Les appelants n'ont point été mis en possession et n'en n'avaient point la possession au moment de la vente par le Cadi, ils ne sauraient donc être fondés à réclamer l'immeuble. De plus, en présence de l'inobservation des règles essentielles de la loi musulmane en matière de rahnia, il n'y a pas lieu d'admettre le créancier à prouver par témoins qu'il est créancier et que l'immeuble lui a été donné en rahnia » (1).

Un arrêt récent du 17 décembre 1903, statuant en matière de révision d'un appel porté devant la Chambre des appels musulmans du tribunal de Blida, a également résolu la question dans un sens diamétralement opposé au nôtre, en appuyant cette solution des considérations suivantes : « Attendu que le débiteur prétend qu'en pays mozabite, le contrat de rahnia ne constitue ni un un nantissement, ni une antichrèse, mais simplement une hypothèque analogue à l'hypothèque française et qu'il est en droit de reprendre ses immeubles. Attendu que les créanciers soutiennent que les coutumes malékites, reconnaissant la rahnia, coexistent au Mzab avec les coutumes ibadites. Qu'enfin, rien ne démontre qu'en

1. Alger, 20 mars 1882, B. J. 1882. 215.

droit ibadite le contrat de rahnia ait une modalité différente de celle qui caractérise le droit commun musulman.

« Attendu que l'hypothèque n'existe pas en droit mulsuman algérien où elle est remplacée par la rahnia, contrat de gage immobilier emportant le dessaisissement du débiteur, mais ne donnant au créancier qu'un simple droit de rétention jusqu'à la vente amiable ou forcée de l'immeuble. Que ce contrat, voisin de celui d'antichrèse, en diffère cependant par le fait qu'en principe, le créancier rahniataire n'a que la jouissance de l'immeuble, les fruits civils et naturels n'étant pas compris dans le nantissement, en raison de l'interdiction du prêt à intérêt que formule le Coran. Que cependant la perception des fruits est faite par le créancier malékite ou hanéfite.

« Attendu que, sauf sur ce dernier point, ces principes sont également ceux du rite ibadite, qu'on trouve en effet dans le *Nil* le titre de la « rahnia » ou l'on lit : « La Rahnia est valable suivant le Livre ou la Souna ; s'il s'agit d'une maison le débiteur en remet les clefs au créancier, s'il s'agit d'un jardin le bénéficiaire de la rahnia substituera ses propres ouvriers à ceux de son débiteur (*Le Nil*, L. XIII, § 1). » Que ces formalités représentent la prise de possession. Que toutefois les ibadites qui observent strictement les préceptes du Coran n'admettent pas la perception des fruits par le créancier. Attendu qu'il convient de dire que sous cette seule réserve,

le contrat de rahnia est le même dans tous les rites musulmans » (1).

Nous ne saurions souscrire à cette conclusion généralisatrice. Nous avons eu déjà assez souvent l'occasion de signaler les différences profondes qui séparent en Algérie les trois parties de la population : Arabes proprement dits ou tribus arabisées, Kabyles et Mozabites, pour nous montrer extrêmement prudents dans l'assimilation entre leurs droits et coutumes. Certes, nous ne nous dissimulons pas que les Mozabites sont de fervents observateurs du Coran, et qu'à ce titre, ils devraient plus encore que les Musulmans d'Algérie pratiquer la parole du verset célèbre : « Il faut des gages livrés ». Mais leurs instincts économiques les ont poussés à le transgresser, car ils y trouvaient obstacle à une prescription non moins rigoureuse : « l'usure est illicite ». Or, si le premier précepte était, comme disent les commentateurs, recommandable, mais d'application facultative ; le second, au contraire, exposait ses violateurs aux châtiments les plus terribles. Nous verrons, dans un instant, comment il est probable que les Mozabites, pour mettre leur conscience à l'abri, en faisant néanmoins fructifier leurs capitaux, ont trouvé le moyen de tourner le premier, en observant fidèlement en apparence le second.

Les décisions judiciaires précitées prêtent, en

1. Alger, 17 décembre 1903. R. A. 1906, II, 51 avec la note de M. Peltier.

outre, le flanc à diverses critiques, en dehors de cette considération ethnique. Comme nous le faisions, pour justifier les conclusions d'Hanoteau et Letourneux, nous pourrions d'abord leur opposer la description minutieuse tracée par les notables et les magistrats mozabites que nous avons consultés. Tous ont été unanimes à nous déclarer que le seul moyen de crédit immobilier qu'ils pratiquaient était celui dont nous exposions plus haut les conditions et les effets. Où auraient-ils puisé les éléments de cette analyse ? Comment expliquer que dans des esprits différents, chez des hommes répartis dans les diverses villes de l'Algérie, parmi ceux qui sont restés au Mzab depuis leur naissance, comme chez ceux qui ont quitté depuis longtemps leur pays, nous ayons trouvé une opinion identique, si elle ne reposait pas sur l'observation de faits indiscutables ?

Les affirmations mêmes des parties intéressées, dans les deux espèces que nous avons citées, auraient dû mettre la Cour en garde contre l'assimilation qu'elle faisait entre le Mzab et le reste de l'Algérie. La première remonte à 1882, à une époque par conséquent ou le Mzab n'avait pas été annexé définitivement à la France, où ses juges prononçaient suivant la pureté des principes de leurs coutumes locales. Nous y voyons un créancier mozabite venir se prévaloir d'un titre de créance, accompagné d'une constitution de rahnia sur un immeuble algérien, pour exercer une revendication contre un tiers acqué-

reur auquel le débiteur a aliéné l'immeuble. Certes, sa réclamation était injustifiable, en ce que, portant sur un immeuble situé hors Mzab, la matière étant d'ordre réel, ne pouvait donner lieu à application du droit ibadite. Mais, au lieu d'invoquer ce principe emprunté par le droit algérien au droit international privé, la Cour a décidé que la rahnia musulmane n'avait qu'une forme, celle du droit coutumier algérien exigeant la dépossession. Aussi déboutait-elle le demandeur mozabite qui croyait suffisantes les formalités en usage chez lui : la rédaction d'un écrit comportant constitution d'hypothèque sans que le transfert de possession fût requis. Dans le second cas, les défendeurs eux-mêmes laissaient entrevoir la distinction qui s'imposait entre les coutumes mozabites et le droit usuel de l'Algérie, puisqu'ils alléguaient, à l'appui de leur résistance, la coexistence au Mzab du rite malékite et du rite ibadite. C'était affirmer que s'ils trouvaient dans l'acte de nantissement de rahnia, le fondement licite de leur mise en possession, c'était exceptionnellement, et parce que la convention avait été passée suivant les règles de la doctrine de Malek, et non celles d'application courante dans le Mzab.

D'ailleurs, en dépit de son désir d'identifier les deux institutions, la rahnia mozabite et la rahnia arabe, la Cour était contrainte d'accorder que, par suite d'une observation plus stricte du Coran, « les « Mozabites n'admettaient pas qu'elle entraînât la « perception des fruits au profit du créancier nanti ».

Mais nous trouvons précisément dans cette différence la raison de l'adoption d'une institution distincte de celle de l'Algérie. Nous l'avons déjà dit : les Musulmans scrupuleux voilent sous le couvert d'une vente à faculté temporaire ou indéfinie de rachat, leur contrat de nantissement, et les Mozabites, fidèles à l'interdiction de la vente conditionnelle, ignorent cette combinaison. Comment réaliser alors un prêt à intérêt accompagné d'une sûreté réelle, si la rahnia arabe, véritable antichrèse, et la vente à réméré leur sont interdites, et que seul est autorisé le gage orthodoxe avec imputation des fruits sur le capital ?

Pratiques, pour éviter à la fois les foudres religieuses et les inconvénients et les risques courus par le créancier gagiste nanti, les Mozabites ont combiné les subterfuges que nous indiquons au début de notre chapitre avec l'hypothèque que nous avons décrite. L'emprunteur encaisse une somme déterminée, contre la promesse de la restituer augmentée de ses intérêts à l'échéance convenue ; il accompagne son prêteur chez le cadi et signe une reconnaissance de dette contenant affectation hypothécaire d'un de ses immeubles. Le créancier, grâce à son droit de suite, échappe à tous risques de perte ou d'aliénation frauduleuse à ses dépens. Quant au débiteur resté en possession de son bien il n'en perdra pas le souvenir, il s'efforcera, au contraire, de se débarrasser de la menace d'expropriation éventuelle qui pèse sur lui, et en aura mieux les moyens

que le débiteur rahniataire dont la dépossession temporaire est presque fatalement vouée à devenir définitive.

Mais, nous objecte l'arrêt de 1903, si la dépossession du débiteur est inutile, comment expliquer ce passage du Nil où il est dit « Voici quelle est la forme « de la dépossession : s'il s'agit d'une maison, le débi- « teur en remet les clefs au créancier, s'il s'agit d'un « jardin le bénéficiaire de la rahnia substituera ses « ouvriers à ceux de son débiteur ». Nous pouvons, en premier lieu, répondre que le Nil est, sans doute, la source ordinaire de la législation mozabite, mais qu'il n'en est pas la seule. Nous sommes habitué à voir la coutume occuper une grande place en matière de droit algérien, et s'en tenir aux textes serait s'exposer à aller à l'encontre des usages reçus. D'ailleurs, la Cour ne se met elle pas en contradiction flagrante avec elle-même sur ce point, puisque, quelques lignes avant cette objection, elle nous dit : en dépit des règles strictes du droit musulman, du précis de Sidi Khelil, le créancier malékite n'hésite pas à percevoir les fruits de l'immeuble engagé sans diminuer le capital. Pourquoi admettre la licéité d'une dérogation coutumière au précis de Sidi Khelil, offrant une valeur juridique incontestablement supérieure à celle du Nil, et considérer comme la seule source du droit ibadite, cette compilation de règles parfois surannées ?

Nous ne sommes d'ailleurs nullement enclin à tirer de ce texte même du Nil, les conséquences

extrêmes qu'en déduit la jurisprudence. Cette translation de possession manifestée sous une forme variable en matière de maisons et de jardins n'est pas forcément une dépossession définitive. Elle peut n'avoir qu'un caractère temporaire destiné à consacrer formellement le titre du créancier rahniataire. Suivant la même évolution que nous retrouvons en législation grecque, romaine et française, cette dépossession matérielle du débiteur, d'abord perpétuelle, puis temporaire, a sans doute été enfin complètement supplantée par la convention écrite devant le cadi. La diffusion de l'instruction au Mzab, où tout adulte sait à peu près lire et écrire, ainsi qu'en témoigne la comptabilité tenue par la plupart des commerçants, le recours fréquent à leur ministère qu'ont su imposer les *tolbas*, les clercs, au temps de leur toute-puissance quand avant la conquête française, le Mzab formait une confédération de républiques théocratiques, justifient amplement cette hypothèse.

Aussi, voyons-nous avec regret la jurisprudence entrer dans la voie de l'assimilation étroite entre les Mozabites progressistes et les Arabes routiniers, contre laquelle militent toutes les observations que nous avons recueillies et l'antagonisme traditionnel de ces deux parties de la population. Nous terminerons donc en formulant le souhait que, revenue à une notion plus exacte du monde mozabite, la Cour d'Alger s'inspire des sages principes économiques proclamant les avantages de l'hypothèque et sa

supériorité sur le nantissement immobilier, et consacre, au Mzab, l'existence de l'ingénieuse institution qui a fait l'objet de ce chapitre.

Deuxième partie

LA LOI FRANÇAISE ET SES EFFETS

CHAPITRE PREMIER

L'Evolution de la législation foncière algérienne

Sommaire

Etat des terres au moment de la conquête. — Le problème foncier.—La période chaotique.— Les ordonnances royales de 1844 et 1846. — La loi du 16 juin 1851. — Le sénatus-consulte du 22 avril 1863.

Les lois des 26 juillet 1873 et 28 avril 1887. — La francisation. — Les procédures d'ensemble. — Les procédures partielles. — Sort des droits réels indigènes. — La loi du 16 février 1897. — Son caractère. —Suppression des procédures générales. — Purges partielles. Formes. — Terres *melk*. — Terres *arch* (1).

---

1. Nous nous bornerons dans ce chapitre et dans le suivant, à retracer les grandes lignes de la législation foncière algérienne dont la connaissance est indispensable pour l'intelligence de la situation actuelle de la propriété privée. La question a été traitée par de nombreux auteurs dont on trou-

Soumises aux trois législations musulmane, kabyle, ibadite dont nous avons déterminé le champ d'application, les terres algériennes, au moment où le conquérant français en proclamait l'annexion à la France, étaient loin de présenter un régime uniforme analogue à celui de la métropole. Outre les conséquences des divergences coutumières, des raisons politiques affectaient l'organisation de la propriété foncière, et contribuaient à augmenter la diversité des droits des occupants. En premier lieu, les terres se divisaient en deux grandes catégories suivant les principes islamiques : les terres de propriété privée, sur lesquelles les propriétaires possédaient des droits aussi étendus que dans le *dominium* romain ; c'était la propriété *melk*, seule susceptible d'aliénation, de dévolution successorale coranique, d'affectation de droits réels ; et les terres de *Kharadj* (1), que nous avons appelées plus tard les propriétés *arch*. Le domaine éminent en appartenait au conquérant arabe, à l'envahisseur et les possesseurs y seulement jouissaient d'un droit d'occupation précaire, susceptible

---

vera les noms et les ouvrages à l'index bibliographique. Signalons parmi eux le plus récent et le plus complet le livre magistral de M. Pouyanne : *La propriété foncière en Algérie*.

1. Le *kharadj* était la redevance, l'impôt spécial payé par les occupants de ces terres (les *rayas*) en sus des impôts usuels des pays musulmans. La question de l'identification des terres archs aux terres de *kharadj* a donné lieu à d'interminables controverses. Nous la croyons tranchée dans le sens de l'affirmative par le lumineux exposé de M. Pouyanne, (*op. cit.*, p. 35 et 251 et ss.)

de leur être retiré dans certaines conditions : inculture, violation des principes, etc. Elles étaient inaliénables, soumises à des règles spéciales pour leur transmission successorale, et ne pouvaient être grevées d'aucun droit réel.

Dans un esprit politique, qui leur permettait de gouverner avec une poignée d'hommes un territoire aussi vaste et aussi peuplé que l'Algérie, les Turcs avaient organisé une nouvelle propriété, la propriété *maghzen*, analogue aux fiefs primitifs de la féodalité et aux concessions militaires des barons normands en Angleterre. Aux tribus maghzens mercenaires, chargées de faire régner l'ordre et le respect du conquérant turc, ce dernier attribuait la jouissance de terres, en échange des services militaires et moyennant l'exemption de certaines charges fiscales. Le droit des occupants était aussi précaire que celui des *rayas* des terres de jouissance, et le concédant se réservait la faculté de les en priver en cas d'inobservation des obligations qui leur incombaient.

Sur les biens domaniaux, terres mortes (1), biens sans maître, ou fermes domaniales (*azels*), le Gouvernement turc, le Beylick, comme on l'appelait alors, avait des droits aussi complets que ceux de notre Domaine actuel et les occupants n'en étaient

1. On appelle terres mortes en droit musulman celles que n'a pas vivifiées l'exploitation de l'homme. Elles sont la propriété du souverain. Le législateur français a tiré parti de cette règle pour admettre, dans l'ordonnance de 1846, une nouvelle cause d'expropriation : l'inculture (Cf. *infrà*).

jamais que des fermiers ou des locataires congédiables à merci. Enfin, les terres du Sahara étaient soumises à un régime différent suivant leur nature, d'après la quantité d'eau qu'elles étaient susceptibles de recevoir, propriété privée quand elles étaient cultivables, terres arch, quand elles ne l'étaient pas.

Malgré le préjugé contraire, les études de propriété foncière algérienne ont établi que la propriété privée, loin d'être l'exception, était presque la règle générale. Nombreuses étaient, surtout en Kabylie, pays resté relativement indépendant du pouvoir central, les étendues possédées par les particuliers à titre de véritables propriétaires melk (1). C'est de ces terres seules, d'ailleurs, que nous occuperons puisqu'elles peuvent seules donner lieu à des constitutions de sûretés réelles, préludes d'une aliénation volontaire ou forcée, interdite en terres de jouissance. Nous verrons comment la législation française dont nous allons esquisser l'œuvre, a une tendance à ramener peu à peu toutes les terres occupées en Algérie par des particuliers, à l'exception des biens domaniaux et communaux, au régime de la propriété melk, analogue à la propriété réglementée par notre Code civil. En résumé, à l'époque de la conquête française, les terres d'Algérie appartenaient aux cinq catégories que nous avons énumérées : terres melk, arch, maghzen, du Beylick ou du Sahara.

Mais, outre cette complexité de la propriété fon-

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 80.

cière caractérisée par la diversité des droits des occupants du sol, une nouvelle cause de difficultés naissait de l'indivision générale, tout au moins en pays arabe, et de l'existence fréquente de rahnias et de tsénias. L'indivision provenait de l'extrême complication de la loi successorale musulmane, où les parts malaisées à calculer, atteignent rapidement, pour peu qu'une ou deux générations se soient écoulées sans partage, des chiffres fantastiques (1). Peut-être convient-il de joindre à cette raison de droit, des causes économiques : la nature du sol et les procédés primitifs de culture de peuples habitués à gratter à peine le sol avec leur charrue rustique, et à en épuiser les éléments nourriciers sans les reconstituer par des engrais. De ces terres pauvrement travaillées, il est possible, en restant dans l'indivision, d'extraire la subsistance de quelques familles, mais un partage effectif aboutirait presque toujours à la ruine des copartageants.

A cette indivision s'ajoutait la confusion provoquée par les rahnias et tsénias, constituées par des débiteurs gênés ou des cohéritiers impuissants à se mettre d'accord, et préférant abandonner leur bien à antichrèse, quittes à s'en partager le produit, plutôt que de l'aliéner définitivement. Remontant à des périodes souvent fort lointaines, puisqu'il n'était pas rare d'en voir datant de cinquante, soixante et cent ans, ces rahnias et tsénias formaient un

1. *Ibid.*, p. 236 et ss.

obstacle à la transmission des propriétés melk, en venant greffer les droits des créanciers rahniataires et de leurs héritiers, sur la confusion des successions des débiteurs (1).

On conçoit que placé en face d'une situation si complexe, le législateur français ait hésité à prononcer en même temps que l'annexion du sol, l'application immédiate, intégrale et complète de nos lois foncières métropolitaines. Animées d'un esprit de prudence dont n'ont pas toujours fait preuve les textes législatifs postérieurs, les premières ordonnances ont eu la conscience très nette de la nécessité de concilier les intérêts de la colonisation et de la sécurité des transactions entre Européens et indigènes, et le respect des coutumes et des usages indigènes. Nous allons suivre le sort de ces principes dans les différentes étapes de la législation foncière algérienne.

Jusqu'en 1841, le chaos le plus complet règne dans les transactions immobilières. Nos officiers ignorent tout du droit musulman ou des coutumes locales ; les causes d'incapacité, d'inaliénabilité leur échappent. Les premiers arrivants, pris par une fièvre de spéculation, achètent à tout prix des immeubles dont ils ne connaissent même pas l'emplacement, et qui souvent n'existent que dans l'imagination de leurs vendeurs. Leurs acquisitions se heurtent à

1. Robe. *Formation et état actuel de la propriété immobilière en Algérie*, p. 59-60

des causes d'inaliénabilité. Les droits réels occultes se font jour. Souvent un créancier rahniataire ou un acheteur à réméré, a vendu un fonds dont il était simple détenteur précaire, à un Européen que rien n'avise de sa qualité, et ayant, au contraire, toute raison de le croire propriétaire incommutable. Toutes ces aliénations se font généralement, non au comptant, mais contre la promesse du paiement d'une rente perpétuelle, *l'ana*. C'est l'analogue du transfert de nos rentes constituées de l'ancien régime, suivant perpétuellement l'héritage qu'elles grèvent. De toutes ces difficultés résultent des spoliations sans nombre, des conflits journaliers. Les incapables demandent l'annulation de ventes opérées au mépris de leurs droits, les débiteurs à rahnia ou vendeurs à tsénia, revendiquent contre les acquéreurs, les immeubles aliénés par le simple détenteur (1). Quelques textes de l'autorité militaire essayent vainement de faire la lumière dans ce chaos ; ils sont souvent aussitôt rapportés que pris. Nous pouvons donc les passer sous silence. En un mot, la propriété foncière traverse une crise à laquelle il importe de mettre un terme.

C'est le but que se propose l'ordonnance du 1er octobre 1844 (2), complétée par celle du 21 juillet 1846 (3). Elle veut faire cesser l'incertitude qui

---

1. Robe, *op. cit.*, p. 64.
2. Estoublon et Lefèbure. *Code de l'Algérie annoté*, p. 60.
3. *Ibid.*, p. 102.

pèse sur le régime immobilier, liquider la situation fâcheuse créée par les spéculations excessives et en prévenir, à l'avenir, le retour. Les causes d'inaliénabilité spéciales au droit musulman impliquant la bonne foi chez les contractants ignorants, ne sont plus susceptibles d'entraîner la nullité des transactions. Les ventes sur la validité desquelles pèsent, pour le passé, des vices de ce genre sont rétroactivement consolidées (article 1er). Quant aux causes de nullité qu'aurait pu éviter un acquéreur consciencieux, les revendiquants ont un délai de deux ans pour les faire valoir, faute de quoi ils sont forclos. Les conventions immobilières entre Indigènes et Européens ne sont autorisées que dans les territoires successivement désignés par l'administration. En dehors de ces limites, les transactions sont frappées d'une nullité absolue (article 19). L'acquéreur a le droit de retenir le prix de l'immeuble jusqu'à ce que le vendeur lui en remette les titres. Enfin, et c'est là une règle très importante dont nous aurons désormais l'occasion de faire souvent application, les transactions entre Européens et Indigènes sont soumises à la loi française, sauf en ce qui concerne le statut personnel indigène, conditions de capacité, etc. (article 4) (1).

---

1. On mettait ainsi fin à l'incertitude qui résultait de l'article 37 § 3 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, laissant au juge le choix de la loi à appliquer aux litiges immobiliers mixtes.

Pour éviter le retour des difficultés antérieures, et partant d'un principe qu'a repris la loi de 1873 après une assez longue éclipse, l'ordonnance de 1846 veut substituer aux titres indigènes souvent inexistants ou confus, des titres clairs, précis, ayant pour but de faciliter et d'assurer la sécurité des opérations foncières ; et agrandir en même temps le domaine de l'Etat, pour augmenter ainsi les terres affectées à la colonisation. Elle introduit, à cet effet, une nouvelle cause d'expropriation, l'expropriation pour cause d'inculture (art. 40 ordonnance de 1846).

Elle instaure une procédure de vérification des titres de propriété rurale dans les conditions suivantes. Un arrêté ministériel, porté par affiches et par voie de la presse, à la connaissance du public, déterminait le périmètre du territoire soumis à son application (art. 1 et 2 ordonnance de 1846). Dans les trois mois de cette publication tout possesseur de terres, quelle qu'en fût la nature, européen ou indigène, était astreint à déposer ses titres de propriété aux mains des agents de l'administration des domaines (art. 3). Le Conseil de Contentieux, correspondant à notre Conseil de Préfecture actuel, opérait la vérification de ces titres (art. 6). Seuls étaient déclarés réguliers ceux dont la date certaine remontait à une époque antérieure à l'occupation française, c'est-à-dire au 5 juillet 1830, et qui contenaient la description précise de l'immeuble (art. 8). Le Conseil de Contentieux faisait alors procéder par des experts à la vérification du titre sur le terrain, et procès-

verbal était dressé de cette opération, au cours de laquelle les prétendants à des droits réels sur le fonds (créanciers rahniataires, ou privilégiés) pouvaient élever leurs prétentions (art. 11 et suivants). Faites en temps opportun, ces contestations soumettaient le Conseil de Contentieux à l'obligation de surseoir à l'homologation du procès-verbal jusqu'à solution judiciaire du conflit. En l'absence de toute réclamation, le procès-verbal homologué par le Conseil de Contentieux purgeait à tout jamais les droits réels antérieurs non revendiqués. Quant aux immeubles dont les titres n'avaient pas été remis à temps aux agents de l'administration des domaines ou dont les titres avaient été jugés irréguliers par le Conseil, le possesseur en était déclaré déchu. La propriété en était attribuée au domaine, sans compensation au cas où l'immeuble était inculte, avec certains dédommagements territoriaux (concessions), si le possesseur l'avait mise en valeur (1). Appliquée rigoureusement cette ordonnance n'aurait abouti à rien moins qu'à la spoliation pure et simple de tous les titulaires de droits réels, dont très peu possédaient les titres réguliers antérieurs à 1830 exigés par le texte législatif. Aussi, sentant l'impossibilité d'une telle sanction, l'administration se borna

1. Les droits réels autres que ceux de propriété, par exemple les rahnias, cessant de grever les terres expropriées passaient sans novation et dans le même ordre, sur les terres données en échange ou l'indemnité qui en tenait lieu (Ord. 1844, art. 105, abrogé. art. 53. ord. de 1846).

à des transactions et la procédure de vérification ne dépassa pas le périmètre des grandes villes : Alger, le Sahel et la Mitidja, Oran et Mostaganem, Bône et La Calle (1).

Œuvre de réaction contre ce mépris de l'inviolabilité de la propriété individuelle, la loi du 16 juin 1851 vint en affirmer le principe en proclamant dans ses articles 10 et 11 (2). « La propriété est inviolable, « sans distinction entre les possesseurs indigènes et « les possesseurs français ou autres. Sont reconnus « tels qu'ils existaient au moment de la conquête, « les droits de propriété et les droits de jouissance « appartenant aux particuliers, aux tribus et frac- « tions de tribus. » Dans le but de donner aux transactions entre indigènes et Européens un caractère moins aléatoire, elle les restreint au territoire civil, c'est-à-dire à celui où l'occupation française semble définitive. Elle les interdit en territoire militaire, pour éviter les difficultés que l'installation des colons européens aurait pu apporter aux opérations stratégiques. Enfin, elle confirme la règle édictée par l'ordonnance de 1844 (3) : « Les transmissions de biens « immobiliers ou constitutions de droits réels conti- « nueront d'être régies par la loi musulmane entre

---

1. Nous n'entrons pas dans le détail des différences entre l'ordonnance de 1844 et celle de 1846. Nous nous contentons d'en indiquer l'esprit et le dernier état de la législation.

2. Estoublon et Lefèbure. *Code annoté*, p. 135.

3. Article 4 reproduisant l'article 37, al. 1 et 2, ord. de 1842.

« musulmans ». Entre toutes autres personnes, c'est-à-dire de Musulman à Européen ou entre Européens, le Code civil est seul applicable, que l'immeuble soit ou non muni d'un titre français, délivré en exécution de l'ordonnance de 1846, provenant d'une concession de l'Etat, etc. Il n'y a là rien de la francisation définitive que nous étudierons plus loin, puisque le fonds une fois passé sous l'empire du statut français, peut cesser d'y être soumis, s'il retombe aux mains d'un propriétaire musulman. C'est une application du statut mixte.

Sans nous arrêter à la théorie éphémère du cantonnement (1) n'offrant pas d'intérêt dans la question qui nous occupe, et qui n'eut guère qu'une application restreinte, nous passons maintenant au sénatus-consulte de 1863, œuvre de l'empereur Napoléon III animé, à l'égard des populations indigènes de sentiments généreux et philanthropiques. Rêvant de devenir le chef d'un empire arabe, il se propose

---

1. Le cantonnement est l'opération consistant à opérer des transactions entre les occupants de terre de jouissance et l'Etat. L'Etat, nu-propriétaire du sol arch, impose le partage entre lui et le détenteur usufruitier. Le partage aboutit à l'attribution d'une partie du sol en pleine propriété à l'Etat, et le reste, en pleine propriété également, à l'occupant qui y est cantonné, en échange de la jouissance qu'il perd sur la portion attribuée à l'Etat. (Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 360 et ss.).

2. Fort important en ce qui concerne la propriété collective, la terre arch et la délimitation des tribus, le sénatus-consulte de 1863 offre également peu d'intérêt relativement à la propriété privée et ses droits réels qui seuls nous occupent.

de le reconstituer en amenant progressivement les indigènes à la propriété individuelle, qui leur donnera la conscience de leur rôle économique. Délimiter les territoires des différentes tribus et fractions de l'Algérie, diviser le sol de celles-ci en ses divers éléments : propriété privée (melk), propriété collective (arch) ; domaines de l'Etat et des communes, tel est le but qu'il se propose d'abord. Une fois cette division opérée, il prescrit de transformer en propriété privée le domaine éminent, le droit de propriété qu'il reconnaît aux tribus à l'exclusion de l'Etat. Il indique les règles minutieuses à observer pour arriver à donner aux Arabes l'occupation privative du sol qu'ils possédaient à titre précaire, la procédure destinée à sauvegarder les droits réels établis sur le sol ; mais son œuvre ne dépasse pas sa conception première. Seule la limitation du territoire des tribus en est le résultat. Quant à la constitution de la propriété indigène, à la consolidation ou à la purge des droits réels qui la grèvent, elles ne peuvent pas être l'objet d'une tentative sérieuse.

Avec la loi de 1873 et la loi de 1887 qui la complète, nous sommes en présence d'une conception toute différente de la politique foncière algérienne. Ce n'est plus l'indigène qu'on essaye de protéger ou de rendre propriétaire incommutable. C'est le colon français qu'on veut attirer sur le sol algérien, qu'on veut garantir contre l'aléa considérable de l'acquisition de terres indigènes, dû aux multiples causes d'éviction : confusion de la propriété, absence de publi-

cité des contrats fonciers musulmans, existence de droits réels propres au droit musulman et inconnus de la loi française (Chefaa, habous, etc.). Il faut donc donner au sol algérien une sorte d'état civil, le purger à tout jamais des charges anciennes qui pèsent sur lui et sont une entrave à sa transmission. L'acquéreur d'une propriété indigène doit pouvoir, grâce à une procédure spéciale, obtenir un titre précis formant la véritable origine de sa propriété, lui ouvrant une page nouvelle dans l'histoire du territoire.

Là ne se bornera pas l'œuvre législative. Que la propriété qui passe aux mains d'un acquéreur européen soit soumise au statut français pendant tout le temps qu'il la conserve, il y a là une simple application du principe des ordonnances de 1844, 1846 et de la loi de 1856, une conséquence du statut mixte. Mais quelle va être l'utilité de ce passage éphémère d'un bien fonds sous la loi française si, aussitôt revenu en possession d'un musulman, il retombe, pour les transactions avec ses coreligionnaires, sous l'empire du droit coutumier? A quoi bon avoir purgé un domaine des droits réels occultes ou manifestes qui le grevaient, si, à son retour aux mains d'un acquéreur arabe ou kabyle, ce dernier peut le constituer à rahnia ou le donner à tsénia, sans aucune forme de publicité, et sans fixer l'époque de réméré ou de remboursement, de sorte que l'immeuble, revendu à un Européen, aura la charge de ces droits d'origine indigène ?.

Afin de remédier à ces inconvénients qu'elle croit graves, et dans un esprit d'assimilation que nous aurons à apprécier, la loi de 1873, formant en somme, à l'heure actuelle, la base du régime foncier algérien, malgré les réformes dont elle a été l'objet, a adopté un moyen radical : la francisation du sol. Peu à peu, sous l'action des procédures administratives, générales ou spéciales, ces dernières opérées à la requête des particuliers, le sol entier de l'Algérie deviendra français. Une fois qu'un territoire ou un domaine aura été soumis à l'application des règles du Code civil, il ne pourra plus jamais perdre sa qualité d'immeuble français, malgré son retour aux mains d'un musulman. La francisation sera donc définie : *le passage définitif d'un immeuble du statut réel islamique au statut réel français.* De la sorte, la terre ne sera plus exposée au dualisme de régimes législatifs. Seule la loi du conquérant, la loi civilisatrice, remplacera les anciennes coutumes et les prescriptions surannées.

Mais comment opérer cette transition ? Comment surtout transférer les immeubles détenus par des indigènes d'un régime à l'autre ? Comment constituer une propriété indigène privée, supprimer la complexité des divisions que nous signalions plus haut, en terres collectives, privées, etc., pour les remplacer par une propriété unique le *dominium* romain, le droit absolu comportant le *jus utendi, fruendi et abutendi* ? Il faut, pour réaliser ce but, délivrer à l'indigène, après une procédure destinée à provoquer

l'identification des titulaires de droits réels et la justification de leurs prétentions, un titre définitif, purgeant tous les droits non réclamés et formant le véritable point de départ de la propriété. C'est ce qu'on appellera *constater* la propriété privée, et cette procédure ne sera possible que dans les pays de propriété melk. Dans les pays de propriété collective, ou plutôt dans ceux où les occupants possèdent un simple droit de jouissance précaire et soumis à certaines conditions de maintien, c'est la *constitution*, l'établissement de la propriété privée qu'on poursuivra, la substitution d'un droit perpétuel et absolu à la jouissance précaire et temporaire (1).

D'ailleurs, qu'il s'agisse de constituer ou de constater la propriété, la procédure est presque identique et nous pouvons la résumer en quelques mots. Dans la région soumise à la francisation, désignée par un arrêté du Gouverneur porté à la connaissance de tous les intéressés par voie d'affiches et d'avis dans les marchés, un commissaire enquêteur se rend au jour fixé. Il dresse un plan des immeubles, reçoit des renseignements et les constestations des

---

1. La détermination des pays de propriété collective a donné lieu à de sérieuses difficultés. La terre collective est-elle seulement la propriété arch, ou celle où le sol est possédé indivisément par plusieurs familles, ce qui constitue un *melk collectif*. Ces mots jurent d'être accouplés, comme si l'on affirmait, en France, que du fait de l'indivision de quelques cohéritiers, le sol cesse d'être régi par le Code civil pour être l'objet d'un régime spécial.

propriétaires ou occupants du sol, dresse du tout un procès-verbal dont il dépose un double à la disposition des intéressés. S'il s'agit d'une région où la propriété privée existait déjà et n'a qu'à être constatée, le commissaire enquêteur, après trois mois, effectue un deuxième transport sur les lieux. Il examine les réclamations produites dans le délai à ce imparti, essaie de concilier les parties en litige et rédige des conclusions définitives. Si elles ne contiennent trace d'aucune contestation, et trois nouveaux mois après la délivrance de titres provisoires, l'administration des Domaines délivre aux indigènes des titres définitifs. Ils sont transcrits, et à partir de leur transcription ils forment le point de départ unique de la propriété : tous les droits réels dont elle pouvait se trouver grevée et qui ne se sont pas fait jour sont anéantis. Au cas de contestation, la délivrance des titres est suspendue jusqu'à solution judiciaire des difficultés, et l'attribution se fait suivant cette décision.

Quand le territoire enquêté était jusque-là occupé à simple titre de jouissance, le commissaire n'effectue pas un second transport. Le procès-verbal et le plan sont homologués dans les deux mois, par le Gouverneur Général, qui statue également en appel, sur les difficultés tranchées en premier ressort par le commissaire enquêteur lui-même. Après homologation, les titres sont délivrés par l'administration des Domaines.

En dehors de ces procédures d'ensemble de fran-

cisation, s'appliquant à tout un territoire désigné par un arrêté du Gouverneur, la loi de 1873 mettait à la disposition des particuliers européens, désireux de se procurer un titre définitif et solide de propriété, un moyen de purger leur domaine de toute cause d'éviction. Ils n'avaient, à cet effet, qu'à déposer l'acte notarié de leur acquisition et le plan à l'administration des Domaines et au greffe de la justice de paix. Le juge de paix annonçait vingt jours à l'avance l'opération du bornage à laquelle il se livrerait. Au jour dit, il se rendait sur l'immeuble et recevait les déclarations qu'il mentionnait dans un procès-verbal, dont il déposait copie au greffe, où toute nouvelle réclamation pouvait être portée. Ce délai expiré, sur le vu du certificat négatif du juge de paix, l'administration délivrait un titre définitif de propriété, base unique du droit. Au cas de contestation le titre était subordonné au résultat du litige.

Quel était l'effet de la délivrance de ces titres sur les droits réels antérieurs grevant l'immeuble qui en avait été l'objet ? Sans dire, comme les articles 3 à 18 de la loi de 1873, que ces titres formaient le point de départ unique de la propriété, il est exact d'affirmer que le titre délivré par le commissaire enquêteur purge les droits réels indigènes antérieurs. Mais tous les droits réels eux-mêmes ne sont pas purgés. Seuls disparaissent les droits de même nature que ceux constatés au titre, autrement dit, seuls sont purgés les droits de propriété ou de copro-

priété. Il en est autrement des droits qui nous intéressent, les droits de rahnia ou de tsénia, sous réserve des difficultés signalées plus haut et que nous retrouverons bientôt. Prenons un exemple pour illustrer cette idée. Un titre définitif déclare qu'Ali et Amr sont copropriétaires de la parcelle A. Ahmed ne pourra, après la transcription du titre, venir se prévaloir sur elle d'un droit de copropriété qui aura été purgé. Mais s'il prétend être créancier rahniataire de la parcelle en question, on ne pourra lui opposer l'anéantissement de son droit, car la loi de 1873 n'a pas fait mention de ces droits, et ils survivent à la délivrance du titre, sans que leurs titulaires en aient fait la déclaration au Commissaire enquêteur. Toutefois, cette opposabilité des droits réels au porteur du titre exige certaines conditions de publicité : le créancier rahniataire ou le bénéficiaire d'une servitude ne pourra s'en prévaloir à son encontre, qu'en procédant à la transcription de son droit avant la transcription définitive du titre délivré au propriétaire, ou, depuis la loi de 1887 (art. 5), dans les quarante-cinq jours qui suivent cette transcription (1).

---

1. Cf. Alger, 6 juin 1896 (R. A. 96. 2. 437). — Mascara (trib.), 27 novembre 1895 (R. A. 96. 2.402).—Alger, 5 novembre 1897 (R. A. 98. 2. 131). Cette transcription doit contenir à peine de nullité le nom patronymique du propriétaire de l'immeuble grevé. C'est un moyen d'arriver à la constitution de l'état civil des indigènes (*Contra* : Alger, 15 mars 1889. R. A., 1889. 2. 293. *Pro :* Alger, 1er mai 1901. R. A., 1901. 2. 220.)

La loi de 1873 et de celle 1887 qui la complète ne marquent pas la dernière étape de la législation algérienne. Elles ont soulevé des critiques si vives que l'application en a été interrompue. On s'est aperçu que, sous des apparences de progrès, la francisation était souvent plutôt un mal qu'un bien. La brusque introduction de notre système perfectionné au sein d'une population arriérée, le bouleversement des mœurs, des habitudes, des traditions d'une population peu civilisée, n'allaient pas sans déboire. Le Commissaire enquêteur passé, l'ancienne incohérence reprenait le dessus. La francisation, la délivrance de titres ne faisaient que faciliter et hâter la ruine des indigènes, en leur fournissant le moyen d'aliéner et d'engager leurs terres aux Européens. Aux transactions simples et peu coûteuses du droit coutumier musulman, exemptes de formalités et de frais inutiles, elle substituait la nécessité de recourir au ministère des notaires et avoués, avec leur cortège de frais énormes. Les litiges devenaient de la compétence de nos tribunaux, et les licitations judiciaires, pratiquées par application de notre droit français, avaient tôt fait de ruiner les copartageants, quand elles ne les laissaient pas encore endettés du montant des frais de justice (1).

Nombreux étaient les remèdes proposés par les économistes et les juristes algériens. Allait-on

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 430 ss.

faire table rase du passé, créer véritablement un grand livre de la propriété foncière de l'Algérie, imiter l'exemple des livres fonciers allemands ou australiens? Un projet fut présenté au Sénat par M. Franck-Chauveau, mais la réforme nécessitait une étude approfondie, et les conséquences néfastes des lois de 1873 et 1887, relativement aux indigènes, demandaient un palliatif immédiat. La loi du 16 février 1897 essaya de l'apporter (1). Ses auteurs la considèrent seulement comme une mesure législative d'attente, destinée à parer aux inconvénients de la francisation exagérée et à l'incertitude des titres de propriété arabe. Nous allons brièvement en exposer l'économie générale, quittes à en reprendre plus tard en détail l'étude, en ce qui concerne les droits réels indigènes, pouvant grever les immeubles soumis à son application.

Elle commence par supprimer les procédures générales d'enquête de la loi de 1873 avec leurs frais considérables, la mobilisation d'une armée d'agents des Domaines, la multiplicité des droits à vérifier, des contestations à liquider, des expropriations fréquentes, conséquences fatales d'une série d'opérations pratiquées au gré de l'administration. Elle y substitue une procédure plus simple : une purge partielle opérée, non plus en vertu d'une décision de l'autorité, mais sur demande des particuliers. L'enquête partielle, exceptionnelle sous la

1. Estoublon et Lefébure. *Code annoté* (*Suppl.*, 1896-1897), p. 101.

loi de 1873, devient la règle générale avec la loi de 1897. Tout propriétaire ou acquéreur d'un terrain peut réclamer le bénéfice de la purge des droits antérieurs, et le titre qui lui est délivré, à la suite de l'enquête provoquée par sa demande, forme véritablement le point de départ de sa propriété. Plus de conflit possible, comme sous la loi de 1873, entre un titre français antérieur (concession, jugement) et le titre délivré à la suite d'opérations de vérification. Tout droit non produit lors de l'enquête, ou dans le délai à ce imparti, disparaît définitivement.

Le propriétaire ou l'acquéreur qui veut purger son domaine (*melk*) adresse une requête au préfet, en territoire civil, au général de division, en territoire militaire, en accompagnant sa demande d'une description détaillée de la nature et de la situation de son immeuble. Un agent des domaines est désigné pour opérer la vérification du titre du requérant. Au jour fixé dans l'acte de désignation, et qui est publié à l'avance, il se rend sur les lieux dont il lève le plan, et où il reçoit toutes les revendications de ceux croyant avoir des titres à faire valoir. Il consigne leurs prétentions dans son procès-verbal, qui reste déposé pendant quarante-cinq jours à la disposition des intéressés. Passé ce délai, il procède à un nouveau transport sur les lieux et dresse un procès-verbal définitif qu'il transmet au directeur des Domaines. De deux choses l'une : ou le procès-verbal ne mentionne aucune réclamation, et le titre

définitif délivré par le service des Domaines purge définitivement tout droit réel; ou bien il constate des réclamations, et il y a lieu alors d'en distinguer la nature. Portent-elles simplement sur des droits réels reconnus par le requérant; c'est, par exemple, un créancier rahniataire demandant la mention de son droit et le respect de sa jouissance, sans contestation du requérant, le titre est délivré à ce dernier, mais mention y est faite de ces charges de l'immeuble. S'agit-il, au contraire, d'oppositions plus graves : le droit de propriété lui-même est-il contesté, ou bien le requérant ne reconnaît-il pas la prétention de ceux qui invoquent des droits réels, le titre n'est délivré que quand le requérant rapporte mainlevée amiable ou judiciaire de ces oppositions (1).

L'immeuble ayant fait l'objet de ces opérations passe définitivement sous l'empire de la loi française, et nous verrons dans un instant l'importance de ce changement de statut. Tous les droits réels non réclamés en temps utile sont définitivement effacés. Seuls, d'ailleurs, les propriétaires ou acquéreurs, sans distinction de nationalité, jouissent de la faculté de solliciter l'application de la purge partielle de la loi de 1897, à condition encore qu'ils aient la capacité d'aliéner leurs immeubles, puisque de la vérification des titres peut résulter leur expropriation. Ce droit n'appartient pas aux simples titu-

1. La copropriété soulève une difficulté diversement tranchée. La demande de purge provenant d'un seul copropriétaire francise-t-elle entièrement l'immeuble ?

laires de droits réels : un créancier rahniataire ou hypothécaire, un usufruitier ou le bénéficiaire d'une servitude ne saurait la demander.

En terre arch, de propriété collective, les indigènes possesseurs, occupants du sol, ont seuls le droit de solliciter la délivrance de titres de propriété, puisque nous savons que ces terres sont, en principe, inaliénables. La procédure est analogue à celle que nous venons de décrire. Signalons cependant une différence. En souvenir de l'ancien droit éminent de l'Etat sur ces terres, les contestations soulevées par l'enquête du commissaire sont de la compétence administrative, et sont tranchées par le Gouverneur Général statuant en conseil de gouvernement. Les titres délivrés font plus que franciser l'immeuble qui en est l'objet : ils transforment sa nature : de bien de jouissance précaire, inaliénable, il devient bien de propriété melk absolue.

Enfin la loi de 1897 met fin à une controverse qu a trop duré. Quand des titres avaient été délivrés à la suite des opérations de la loi de 1873, on se demandait s'ils avaient purgé les droits constitués par des titres français, tels que concession domaniale, vente notariée, etc., et la jurisprudence répondait négativement privant la loi de 1873 d'un de ses principaux effets (1). Désormais, au contraire, tous les titulaires

1. Cass., 13 nov. 1888. J.R., 1888. 474. R.A. 1889, II, p. 1. — Dain. R.A. 1887, I. — Eyssautier. *Le statut réel en Algérie*, p. 46-55. — Robe. *Lois de la propriété immobilière*, p. 115-127. — Pouyanne, *op. cit.*, p. 435.

de droits français antérieurs à la délivrance des titres de la loi de 1873, qui ne les ont pas fait valoir dans les six mois de la promulgation de la loi de 1897, en sont déchus. Les titres délivrés en vertu des lois de 1873 et 1887 sont ainsi définitivement consolidés.

En résumé, de cet exposé rapide de la législation française foncière en Algérie, il résulte que le but poursuivi est double. Selon les tendances plus ou moins favorables aux indigènes ou aux colons, on sacrifie plus ou moins à l'un des idéaux suivants : protéger la propriété indigène, la mettre à l'abri des spéculations des accapareurs européens, ou, au contraire, faciliter le transfert des biens d'indigènes à Européens, permettre à la terre d'arriver entre les mains de ceux qui sont le plus capables de la mettre en valeur. La loi de 1897 dernière étape de la législation cherche à concilier les deux tendances. Nous aurons l'occasion d'analyser les critiques graves qu'elle soulève, et du reste, sont la conséquences fatales de son caractère transactionnel et transitoire. Il est temps, maintenant, arrivé au but de l'évolution ou plutôt à son stage actuel, de jeter un coup d'œil sur la situation présente des terres en Algérie, en nous bornant naturellement à celles qui, susceptibles d'aliénation et de constitution de droits réels, sont aux mains des indigènes. Nous verrons ensuite le sort subi par les droits réels indigènes sous l'influence de notre loi française.

CHAPITRE II

Le régime actuel des terres algériennes La francisation du sol et ses conditions

---

Sommaire

Division actuelle des terres algériennes de propriété privée. — Francisation. — Ses modes. — Titres provenant de procédure d'ensemble. — Titres provenant de procédure partielle et actes individuels. — Effets des titres notariés et administratifs.

En laissant de côté les terres du Domaine public ou les communaux, les territoires de propriété collective sur lesquels les individus n'ont que des droits de jouissance, pour envisager seulement les terres possédées à titre privatif et exclusif par des particuliers (propriété melk), la grande division actuelle des terres en Algérie (1) est la suivante : 1° les terres francisées tombées définitivement sous le statut

1. Dans le territoire de la région du Tell, comme nous l'avons défini dans notre introduction. Hors du Tell, il y a encore application du statut réel mixte.

réel français, ayant passé du statut islamique sous l'empire de la loi française au moyen d'un des modes que nous allons indiquer ; 2° les terres non francisées, régies tout à tour par la loi française ou par la loi musulmane, selon qu'elles sont l'objet de transaction entre Européens à indigènes, ou, au contraire, d'indigènes seuls contractant entre eux. Elles sont soumises à ce que nous avons appelé le statut mixte, variable suivant la loi personnelle de leurs propriétaires ou des ayants droit sur elles. Il faut donc se garder d'assimiler la francisation avec l'appropriation par un Français. Certes, un immeuble n'ayant été l'objet d'aucune des opérations dont nous déterminerons bientôt les caractères, acquis par un Européen est régi par la loi française tant qu'il reste en sa possession. Il ne peut constituer sur lui que les droits reconnus et autorisés par le Code civil. Les transactions qu'il opère à son sujet doivent être passées dans les formes exigées par la loi française et portées à la connaissance des tiers par les moyens qu'elle prescrit. Mais qu'un jour elle vienne à être rachetée par un Musulman, et elle est alors régie par les lois et coutumes locales, tout au moins pour les rapports qui naîtront, à son occasion, entre indigènes musulmans.

D'autre part, il convient aussi d'éviter une confusion que justifieraient la multiplicité des textes législatifs, leur longueur et leur complexité. La francisation, le passage définitif d'un immeuble du statut islamique au statut français n'entraîne pas forcé-

ment à sa suite la disparition complète de tous les droits réels d'origine musulmane ayant pu le grever, rahnias par exemple. Il faut, pour cela, que la cause qui a amené la francisation de l'immeuble soit, en même temps, de celles qui ont pour résultat la purge définitive de tous les droits réels antérieurs non manifestés, qu'elle ouvre, comme nous le disions, une page blanche à l'immeuble dans le livre de la propriété algérienne. Sinon, le détenteur de l'immeuble francisé, voulant s'éviter le recours éventuel des titulaires de droits réels antérieurs, devra faire procéder à leur purge par les moyens que lui offre la loi. Nous aurons donc à distinguer soigneusement parmi les modes de francisation, ceux qui opèrent purge des droits réels indigènes antérieurs, et évitent à tout jamais les conflits que pourraient provoquer ces derniers, et les modes de francisation aboutissant simplement à un changement de statut, sans disparition des droits antérieurs à la francisation.

L'annexion du sol algérien n'a pas eu pour conséquence d'en soumettre *de plano* la propriété foncière au régime des lois civiles françaises. Le conquérant a respecté les lois et les usages locaux, sauf quand il en a décidé autrement. L'application du Code civil et des dispositions foncières postérieures est donc exceptionnelle, et pour qu'un immeuble devienne à tout jamais français il doit être dans un des cas limitativement prévus par la loi. Il doit avoir fait l'objet d'une des opérations énumérées par les textes, ou

d'un mode d'établissement ou de transfert de propriété produisant cet effet. Quels sont donc les titres, les faits entraînant la francisation d'un immeuble ? Ici encore il nous faut opérer une distinction. Les uns proviennent de procédures d'ensemble, d'opérations relatives à toute une catégorie de territoires, les autres sont partiels et n'affectent qu'un domaine déterminé.

Dans la première catégorie entrent naturellement les titres délivrés en exécution des lois de 1873 et de 1887. Depuis la loi de 1897 ces titres sont, outre un mode de francisation, la cause de la purge complète, irrévocable, de tous les droits réels de propriété ou de copropriété antérieurs ; le titre est véritablement le point de départ de la propriété. Quant aux droits réels, autres que ceux de propriété et particulièrement les rahnias, nous avons vu comment leurs titulaires pouvaient les conserver en les inscrivant ou en les transcrivant suivant la loi de 1855, avant la transcription du titre délivré par le Domaine, ou dans un délai de quarante-cinq jours, comme le décide plus libéralement la loi de 1887, modifiant sur ce point celle de 1873.

Les titres délivrés par application de l'ordonnance de 1846 : délimitation ou titres de concession attribués en compensation de terres expropriées, opèrent aussi francisation (loi de 1873, art. 1[er]). Purgent-ils indifféremment tous les droits réels antérieurs et quelle que soit la décision du conseil de contentieux ? Par exemple, un créancier rahniataire, prétendant à

un gage sur un immeuble revendiqué par Ahmed, sera-t-il déchu de son droit si la propriété lui en est reconnue, sans que le créancier ait soumis son titre à l'approbation du conseil ? Nous ne le croyons pas. L'ordonnance vise, en effet, un seul but : la vérification des titres de propriété. Si le conseil qui s'y livre déclare le revendiquant déchu de son droit pour une des causes que nous connaissons (irrégularité du titre, réclamation tardive), l'immeuble est réuni au Domaine exempt de toutes charges. De même si, au cours de l'examen du conseil, le créancier rahniataire produit son titre et qu'il est rejeté, il n'est plus apte à s'en prévaloir. Qu'au contraire, le conseil n'ait résolu que la prétention même du revendiquant, et l'affectation du bien sera respectée, si elle se concilie avec cette décision.

On pourrait objecter que l'article 3 § 2 exige la vérification du titre et que, suivie d'une décision du conseil, elle ferme la porte à toute contestation. Mais le conseil a, en réalité, un seul droit à contrôler, c'est celui de propriété. Quand il déclare le revendiquant légitime et définitif propriétaire d'un immeuble, il consolide par là même les droits réels que ce dernier avait constitués sur lui (1), sauf si cette consolidation est en contradiction avec les termes mêmes de la décision du conseil. Ainsi, le créancier rahniataire ne pourrait invoquer son droit à l'encontre d'un propriétaire, si le conseil l'avait

1. Alger, 11 juillet 1860. J. R. 1860.229, confirmé Cass., 12 juillet 1864. D. P. 64.1.427.

proclamé exempt de toute charge. Quant aux concessions de terres accordées aux revendiquants évincés, elles font entrer les biens fonds dans le patrimoine du concessionnaire libres de tous droits antérieurs, la concession constituant une véritable donation de l'Etat (1).

Les titres délivrés en exécution des opérations de cantonnement dans les quelques territoires qui y ont été soumis, ceux reçus par les possesseurs de terres où la propriété individuelle a été constituée en vertu du sénatus-consulte de 1863 (un seul douar, celui de Tilmouni y a été astreint), ont eu également pour effet de faire passer les terres, qui en avaient été l'objet, du statut musulman au statut français, à dater de la promulgation de la loi de 1873. A partir de cette même date, étaient pour toujours soumis à la loi française, tous les biens situés dans des territoires dispensés de la vérification des titres exigée par l'ordonnance de 1846, par suite du caractère de certitude qu'y offrait le droit de propriété (terrains compris dans l'intérieur des villes et dans un certain périmètre à leur entour).

A la deuxième catégorie appartiennent les titres ne provenant pas de procédure d'ensemble, mais de procédure partielle ou de contrats particuliers. Nous signalerons d'abord ceux délivrés par application des lois de 1873 et 1887, définitivement consolidés

---

1. Pouyanne, *op. cit.*, p. 514 et s. Cass., 13 déc. 1864. J. R. 8 67, p. 84.

depuis la loi de 1897, ou plutôt six mois après sa promulgation. Passé ce délai, en effet les titulaires de droits pouvant entrer en conflit avec ceux-ci, ont été déclarés forclos. Puis ceux délivrés en vertu de la loi 1897, avec cette différence que l'effet de purge de ces derniers est plus radical que celui des précédents, limité au droit de propriété et de copropriété. Aux termes de la loi de 1897, l'acte délivré en accomplissement d'une enquête partielle libère l'immeuble de toutes les charges réelles, telles qu'hypothèques, antichrèses (rahnias) dont les titulaires n'ont pas requis l'inscription sur le titre (art. 2 et 10). Les actes notariés relatifs à des immeubles musulmans en provoquent également la francisation, sous réserve d'examiner, dans un instant, à quelles conditions. Il en est de même des titres administratifs, autres que ceux délivrés par application des lois précédentes, nous voulons parler des concessions domaniales gratuites et des ventes domaniales. L'époque du passage de l'immeuble qui en fait l'objet sous le statut français varie. Si ces actes sont antérieurs à la loi de 1873, c'est de sa promulgation qu'il date, s'ils sont postérieurs, il prend rang au moment de leur passation. Mais à la francisation seule se borne le rôle de ces actes : ils ne purgent nullement les droits réels de l'immeuble, comme les titres provenant de procédures d'enquête générale ou partielle. Des conflits incessants peuvent donc surgir de la revendication de droits musulmans antérieurs : rahnias, ventes, etc., et le conflit s'élève alors entre

deux législations, l'une à laquelle l'immeuble obéissait autrefois, l'autre à laquelle il est soumis aujourd'hui. Nous apprécierons plus tard les difficultés qui en résultent.

Au sujet de la francisation par la constatation notariée d'une convention relative à un immeuble musulman, se pose une question intéressante se rattachant directement à notre sujet. A quelles conditions un acte notarié francise-t-il le sol ? Tout acte notarié dressé à l'occasion d'un immeuble musulman ou kabyle emporte-t-il abdication définitive du statut islamique ou coutumier ? Par exemple, qu'un acte établi pour constater le transfert de propriété de Mohamed à Jacques francise le sol, rien de plus naturel, puisque Mohamed y aura établi son droit de propriété, le notaire l'aura vérifié, ou aura été censé le faire, et nous aurons ainsi une sorte d'enquête partielle. Mais si Ali se borne à donner par acte notarié son bien à rahnia à Ahmed, en résultera-t-il le passage définitif de la parcelle rahniée sous le statut français ? La question ne laisse pas d'être délicate. La controverse qu'elle a fait naître provient de l'ambiguité des termes des textes qui la prévoient. L'article 3 § 3 de la loi de 1873 portant : « Dans tous les territoires autres que ceux mention-« nés au paragraphe 2 de l'article précédent, lorsque « l'existence de droits de propriété privée *non cons-« tatée* par acte notarié ou administratif, aura été « reconnue par application du titre II ci-après, des « titres nouveaux seront délivrés au propriétaire », est

confirmé par les termes analogues qu'emploie l'article 17 de la même loi. « Pour tout ce qui se rap- « porte.... à la propriété possédée à titre privatif et « *non constatée par acte notarié ou administratif.* » D'autre part, l'article 1er du décret du 17 avril 1887 nous dit que les Musulmans restent soumis à leur droit indigène « pour ceux de leurs immeubles dont « *la propriété n'est pas établie...* par un titre fran- « çais administratif, notarié ou judiciaire ». La question est donc la suivante : pour franciser le sol, l'acte notarié doit-il simplement constater la propriété, ou aussi l'établir, autrement dit en constater le transfert ? C'est-à-dire, pour reprendre les exemples ci-haut : la vente notariée seule entraîne-t-elle francisation, à l'exclusion de la constitution de droits réels opérée devant notaire ?

Trois opinions se sont fait jour sur cette question : la première attribuant à tout acte notarié, quelle que fût la convention qu'il constatait, la francisation des immeubles qui y étaient mentionnés. Y entraient donc les constitutions de servitudes, d'antichrèses, d'hypothèques (1). Trop absolu était ce système, surtout quand l'acte notarié sans remonter à l'origine de propriété, se contentait, sans en justifier, de désigner le bien fonds comme la « propriété d'un tel ». La deuxième opinion faisait une application distributive des textes précités aux actes notariés constatant le transfert de propriété. Aux

1. Trib. de Blida, 8 nov. 1888. J. R., 1889, p. 177.

ventes entre Musulmans passées devant notaires la seule vertu de franciser ; aux actes constitutifs de rahnia, de droits réels en général, cet effet est refusé. Le principal argument invoqué en faveur de cette solution est que le dernier texte sur la matière, le décret de 1889, exige que le titre notarié établisse, c'est-à-dire crée ou transfère la propriété, chose que ne fait pas un nantissement immobilier notarié. Enfin une troisième opinion, transactionnelle, laisse au juge le soin de déclarer l'immeuble francisé ou non, suivant le degré de certitude offert par l'acte notarié. Le moindre inconvénient de ce système est de laisser la situation de l'immeuble incertaine jusqu'à ce qu'une décision judiciaire soit intervenue. De la sorte, l'immeuble sera pendant une période variable, sous le coup d'une décision pouvant annuler toutes les transactions opérées à son sujet, sous une forme autre que celle du statut qu'elle lui attribuerait. Nos préférences vont donc au deuxième système, car adopter le premier, qui échappe au reproche d'incertitude soulevé par le troisième (1), c'est assimiler complètement, au mépris du but de la loi, le bail ou la rahnia avec le titre de purge partielle. Concevable, à la rigueur, pour une constitution d'hypothèque, cette assimilation est inapplicable aux deux contrats que nous signalons. D'autre part, l'accorder à l'hypothèque, c'est être contraint d'y

---

1. Robe. *Lois de la propriété foncière immobilière*, p. 58. Pouyanne : *op. cit.*, p. 157 et suiv.

faire entrer l'antichrèse, qui ne fait, comme elle, que constater et non établir la propriété.

Les mêmes questions peuvent se poser en matière de titres administratifs. Les uns constituent des transferts de propriété (ventes domaniales), ou l'attribution de propriété (concessions). Ce sont des actes translatifs établissant la propriété, ayant, comme tels, la vertu de franciser le sol. D'autres se contentent de transférer la jouissance : baux administratifs. D'après les mêmes arguments, nous ne donnerons qu'aux premiers l'effet d'entraîner francisation. Quant aux titres judiciaires, assimilés par la loi aux titres notariés et administratifs, provenant de décisions rendues dans une matière où un Européen est en cause, leur effet est variable également, suivant que l'on adopte une des trois opinions énoncées. On leur attribuera donc ou un effet de francisation absolu, indépendant des droits constatés, ou un effet de francisation, au cas seulement où le transfert ou l'attribution de propriété en résulterait.

Enfin, pour épuiser les causes de francisation prévues par les lois, disons que les terres ayant fait l'objet des opérations de délimitation du sénatus-consulte de 1863, spécial aux terres de propriété collective, et où des particuliers ont, aux termes de l'article 11, revendiqué certaines parcelles comme propriété melk, sans contestation de l'assemblée de la tribu (*djemaa*), sont francisées par le titre délivré par l'administration conformément à leur revendication, et, mieux encore, purgées de tous les droits

réels occultes pouvant les grever (1). Les terres séquestrées par l'Etat sur les indigènes insurgés ou coupables de crimes politiques, et à eux restituées, sont aussi francisées, si la restitution a lieu par un titre administratif constituant un véritable transfert de propriété, délimitant l'immeuble et le désignant nominativement.

Soumis, en thèse générale, au statut mixte, le sol algérien, par l'effet de l'application constante de la loi de 1873 et des lois postérieures, est appelé à passer progressivement sous l'empire exclusif de la loi française. Mais c'est là un avenir encore éloigné. Pour entrer aujourd'hui sous le statut national, la terre doit avoir été l'objet d'une des opérations limitativement prévues dans les textes et que nous venons d'exposer successivement : titres délivrés en suite des procédures générales de l'ordonnance de 1846, des tentatives de cantonnement, des lois de 1873 et de 1887, des procédures partielles des lois de 1873 et 1897, titres administratifs, notariés ou judiciaires remplissant les conditions que nous exigeons d'eux, titres attribués aux revendiquants de propriété melk non contestée, dans les

1. Cass., 8 nov. 1882. R. A. 1887, 329.

Le séquestre, mesure politique équivalente à une confiscation, peut être collectif ou individuel. Il est susceptible de se terminer de trois façons : 1° mainlevée qui anéantit rétroactivement le séquestre, et n'opère pas francisation ; 2° réunion définitive au domaine public ; 3° restitution gracieuse au séquestré après réunion définitive au domaine public : seule elle entraîne transfert et francisation.

douars ayant reçu application du sénatus-consulte de 1863, et aux indigènes séquestrés remis gracieusement en possession de leurs biens. Cette francisation entraîne avec elle des conséquences très importantes, tant par les modifications qu'elle apporte au droit islamique, que par celles qu'elle introduit dans le droit français. C'est à ces conséquences que nous allons maintenant consacrer notre attention, en exposant les effets produits par la francisation sur les sûretés réelles immobilières musulmanes : les rahnias et les tsénias.

CHAPITRE III

Les Effets de la Francisation
Les Terres Francisées

Sommaire

Principaux effets de la francisation. — Sûretés réelles indigènes. — Leur sort dans le présent et l'avenir. — La rahnia. — Conversion en antichrèse : 1° Nécessité d'un écrit ; 2° Jouissance des fruits ; 3° Suppression du droit de préférence ; 4° Modes de réalisation du gage. — La tsénia. — L'hypothèque et le « dépôt de la terre » kabyle. — Leur sort dans le passé. — Conflit du droit musulman et du droit français. Modes de francisation n'opérant pas purge des droits réels. Effets de la transcription du titre français. Controverse. — Modes de preuve des droits réels indigènes.

Définie, comme nous l'avons fait, le passage définitif d'un immeuble du statut mixte ou du statut musulman sous le statut réel français, la francisation entraîne avec elle diverses conséquences. Leur étude va nous fournir la matière du présent chapitre, en ce qui concerne les sûretés réelles que les musulmans pourront constituer sur les immeubles soustraits à l'avenir, à l'application du droit coranique ou coutu-

mier. Ces conséquences sont elles-mêmes au nombre de quatre et résultent de la formule générale suivante. Désormais le territoire ayant fait l'objet d'une des opérations prévues au chapitre précédent sera soumis, quelle que soit la qualité de son propriétaire ou possesseur, exclusivement et définitivement, aux règles du Code civil français ou des lois postérieures qui en ont modifié les prescriptions immobilières. 1° Tous les droits réels, servitudes ou causes de résolution quelconques, fondés sur le droit musulman ou kabyle, qui seraient contraires à la loi française, sont abolis ; 2° Les contrats immobiliers sont, pour leur opposabilité aux tiers, astreints à l'observation des formes de publicité exigées par la loi de 1855 ; 3° La preuve de ces contrats entre les parties ne pourra être établie que suivant les règles du droit français, relatives à la preuve ; autrement dit, les articles 1341 et suivants du Code civil recevront seuls leur application, à l'exclusion du droit musulman qui admet en toute matière, et quelle que soit la valeur de l'intérêt en jeu, la preuve testimoniale. Enfin 4° alors que dans certains cas, les juges musulmans ont encore quelque compétence en matière de litiges immobiliers relatifs à une terre musulmane, seuls les juges français connaîtront des contestations nées à l'occasion d'une terre francisée.

Les conséquences de la francisation brièvement exposées, faisons-en l'application aux contrats musulmans qui nous occupent. Voyons ce que deviennent les sûretés réelles musulmanes, quand on veut les

faire porter sur des immeubles désormais français. Quel sera le sort des droits réels musulmans qui existaient sur une terre francisée, antérieurement à sa francisation ? Comment trancher le conflit qu'ils vont faire naître entre le droit musulman ou coutumier et le droit français, en raison des différences de formes, de publicité, de preuve qui les séparent ? L'examen de ces questions va nous permettre de voir fonctionner, pour ainsi dire, sous nos yeux, les différences théoriques entre les institutions françaises et musulmanes, analysées dans la première partie de notre travail, et nous y trouverons un exemple des difficultés innombrables que provoque une assimilation prématurée entre deux législations aussi divergentes.

Et tout d'abord, l'article 1er § 2 de la loi de 1873 porte : « Sont abolis sur les terres francisées tous les « droits réels, servitudes... fondés sur le droit musulman ou kabyle et qui seraient contraires à la loi française ». C'est dire que, dans l'avenir, à partir de la soumission d'une terre au statut réel français aucun droit réel, non reconnue par la loi française, ne pourra être constitué sur une terre francisée ? Les sûretés réelles les plus employées par nos indigènes algériens, la rahnia et la tsénia, tombent-elles sous le coup de cette proscription ? Un indigène, dont le domaine a été francisé par un mode quelconque, pourra-t-il donner sa terre à rahnia en garantie d'un prêt, pourra-t-il l'aliéner à tsénia, en se réservant la faculté d'exercer le rachat indéfini-

ment ou temporairement ? Ces droits sont-ils, en un mot, contraires à la loi française ? Examinons successivement la rahnia et la tsénia.

La rahnia, telle que nous l'avons définie, est un véritable gage immobilier. Or, le gage immobilier avec toutes les conséquences qui s'attachent au mot gage, rétention et privilège, est inconnu en droit français actuel. L'institution qui s'en rapproche le plus est l'antichrèse. Aussi, quand un indigène voudra affecter sa terre francisée à un de ses créanciers, autrement qu'en pratiquant sur elle un emprunt hypothécaire, qu'il l'aura constituée en rahnia, cette opération sera ramenée à une antichrèse, et il en résultera pour les contractants les conséquences suivantes.

L'article 2085 recevant son entière application, les rahnias sur terres francisées ne pourront s'établir autrement que par écrit, même au-dessous de 150 francs. Etant donnés la fréquence des rahnias, le peu de valeur des terres engagées de la sorte, le manque d'instruction des indigènes, cette exigence sera bien difficile à appliquer rigoureusement, et cet effet risque de rester souvent purement illusoire. Autant il est rare en France de voir constituer une antichrèse pour une somme inférieure à 150 francs ce qui donne à l'article 2085 une portée presque entièrement théorique, autant, au contraire, en Algérie les rahnias garantissant des prêts ne dépassant pas cette limite, sont fréquents. La loi de 1855 soumet également à la nécessité de la transcription tou-

tes les constiutions et renonciations d'antichrèse. C'est donc imposer au créancier rahniataire, outre l'obligation de constater son droit par un écrit, celle de requérir la transcription de son titre sur les registres de la conservation des hypothèques, pour pouvoir s'en prévaloir à l'encontre des tiers titulaires de droits réels sur l'immeuble affecté à sa garantie, qui les auraient ainsi conservés.

On ne met pas assez en lumière d'habitude, une conséquence tirée d'une stricte application de l'article 2089 et qui serait, peut-être, de nature à enrayer les désastreux effets des rahnias, tout au moins quand elles porteraient sur des immeubles soumis au statut français. Ce texte dit en effet : « Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par la loi. » Les auteurs civilistes français en ont déduit qu'en toute matière, depuis la loi du 3 septembre 1807 et en matière civile seulement, depuis celle du 12 janvier 1886, les fruits et revenus de l'immeuble ne pourraient se compenser avec les intérêts que dans la limite du taux maximum qui lui est fixé. Au delà ils s'imputent sur le capital même.

En Algérie, jusqu'à la loi du 13 avril 1898, l'intérêt conventionnel était libre, l'ordonnance du 7 décembre 1835 article 1er stipulant : « la convention sur le prêt à intérêt fait la loi des parties ». La jurisprudence éprouvait de grandes difficultés à déter-

miner le caractère usuraire ou non des constitutions de rahnias, et nous trouvons dans ses décisions contradictoires trace de cette incertitude (1). Mais la loi du 13 avril 1898 (art. 60), pour remédier au fléau de l'usure dans la colonie, a fixé à 8 o/o le maximum de l'intérêt conventionnel, non seulement en matière civile mais même commerciale. De la sorte, par une application plus rigoureuse de l'article 2089, les rahnias sur terres francisées ne pourraient plus cacher d'opérations usuraires, tandis que sur les terres non francisées, au contraire, la rahnia coutumière étant, à notre avis, un véritable forfait, analogue à l'antichrèse romaine, la compensation des fruits et des intérêts serait toujours possible. Nous ne nous dissimulons d'ailleurs nullement les difficultés pratiques que l'on éprouverait à exiger du créancier antichrésiste une reddition de comptes périodique, et nous retrouverons cette question plus tard, en étudiant les inconvénients économiques du nantissement immobilier indigène.

Une troisième conséquence de la conversion des rahnias en antichrèses ne vise rien moins qu'à en transformer absolument le caractère. En effet, à l'inverse de la rahnia, l'antichrèse ne donne pas à son titulaire un droit de préférence sur le prix à provenir de l'aliénation forcée de l'immeuble. Certes, si le bien est aliéné volontairement par le constituant, le cré-

---

1. Cass., 14 janvier 1878. J. R. 1878, 347. — Alger 31 octobre 1889, R. A. 1890.2.410. 16 juin 1890, R. A. 1891.2.548.

ancier rahniataire pourra opposer à l'acquéreur son droit de rétention jusqu'à paiement de ce qui lui est dû. Mais qu'un créancier rahniataire indigène d'un immeuble francisé, peu initié à notre loi française, fasse procéder à l'exécution de son gage, dans l'espoir d'être colloqué sur le prix par préférence aux autres créanciers, il sera tout surpris de venir simplement en concours avec eux, et de n'être désintéressé qu'au marc le franc. Il aura en effet épuisé, par sa demande d'adjudication, le droit que lui conférait son titre de rahniataire-antichrésiste. Il aurait pu, dira-t-on, prendre outre la rahnia, une inscription hypothécaire de façon à être muni du droit de préférence, mais nous savons combien ce mode de sûreté perfectionné, inconnu du droit musulman, répugne par son caractère fictif aux idées positives et matérialistes des indigènes.

Enfin, quand le créancier rahniataire, au risque de perdre l'avantage de la rétention de l'immeuble, ou s'il sait qu'il ne subira le concours d'aucun autre créancier, veut procéder à la vente du bien nanti et remplacer son gage par une somme liquide, il ne pourra pas le faire en la forme musulmane. Il devra en cas de non remboursement à l'époque convenue, recourir à la saisie immobilière, telle que la réglemente le Code de procédure : La distribution des deniers à provenir de cette expropriation forcée, sera faite également, suivant les prescriptions de la loi française.

Plus délicate que pour la rahnia est la question

qui se pose en matière de tsénia. Si un indigène a pratiqué sur son immeuble francisé une vente avec faculté de retour indéfinie ou temporaire, quel sort allons-nous faire à cette opération ? De quelle institution française la rapprocher ? Nous avons établi que celle dont elle offrait tous les caractères, était l'engagement immobilier de l'ancien droit, le contrat pignoratif que ne reconnaît plus notre Code civil. Donc, valable encore, quand elle s'applique à une terre non francisée, cette assimilation est impossible quand on a affaire à une tsénia portant sur un immeuble francisé. A quel contrat admis par notre droit actuel la rattacherons-nous donc ? Jusqu'à présent, à travers les divergences de la jurisprudence et des décisions administratives, dont la circulaire du Gouverneur de 1888 (1) nous fournit un exemple, nous pouvions discerner deux tendances. Quand la tsénia avait été stipulée pour une période déterminée, si, par exemple, l'aliénateur avait vendu son immeuble en se réservant la faculté de rachat pendant trois ans, elle était considérée comme une véritable vente à réméré emportant, par l'expiration du temps convenu, une forclusion absolue, automatique, du vendeur d'exercer le réméré. Avait-elle, au contraire, été accordée sans mention de période fixe,

1. Nous rappelons que cette circulaire prescrivait aux commissaires enquêteurs de toujours considérer les nantissements immobiliers comme des tsénias, en l'absence d'écrit et de délivrer les titres de propriété aux possesseurs, sauf recours possible du véritable propriétaire pendant cinq ans.

la jurisprudence, à part quelques décisions dissidentes, avait tendance à y voir une antichrèse pure et simple, donnant au créancier le droit de rétention et de jouissance de l'immeuble jusqu'au moment de son remboursement, et soumise, pour sa validité, aux conditions de forme et de publicité des articles 2085 et suivants du Code civil.

Le caractère que nous avons attribué à la tsénia, celui de contrat d'engagement, ne donnant pas à l'acquéreur la propriété absolue, mais un droit de jouissance indéfinie, nous interdit d'accepter la première solution. Même quand une tsénia aura été consentie seulement pour une période déterminée, trois ans par exemple, par un indigène musulman au profit d'un autre indigène musulman, nous ne la considérerons pas comme une vente à réméré entraînant, par l'expiration du délai, la déchéance du vendeur. Nous y verrons toujours une simple antichrèse, offrant seulement avec celle constituée pour un temps indéfini, cette différence, que, dans celle-là le créancier aurait, au bout de la période fixée, le droit d'exiger le remboursement de sa créance ou l'exécution judiciaire du gage, tandis que, dans celle-ci, il n'aurait que le droit de conserver indéfiniment le gage sans faculté d'en exiger la reprise. Il n'y a là rien que de très conforme au droit français. Le Code civil ne fixe aucune limite à la durée de l'antichrèse (art. 2087 du Code civil), et la jouissance du créancier étant à titre précaire, ne lui permet pas de prescrire la propriété de l'immeuble, pas plus que le

débiteur ne pourrait invoquer contre lui la prescription extinctive de sa dette, pour réclamer la restitution de son bien, sans acquitter son obligation.

Il est pourtant un cas où nous sommes contraints d'accepter l'assimilation de la tsénia à une vente à réméré. C'est dans l'hypothèse suivante. Un indigène, propriétaire d'un immeuble, francisé ou non, — cela importe peu en l'espèce, car la passation d'un acte notarié emporte, au moins pour les suites de la convention particulière ainsi constatée, l'application du droit français — vend son immeuble à tsénia à un de ses coreligionnaires ou à un Européen, par devant notaire. Ce dernier mentionne dans l'acte l'opération comme étant une vente à réméré. Immédiatement, et par le fait même de cette dénomination, tous les effets attachés par la loi à ce genre de vente se produisent. Entre autres, quelle qu'ait été la durée fixée à la faculté de réméré, même si elle a été laissée indéterminée, l'application de l'article 1660 du Code civil la limite à cinq années. De la sorte, automatiquement, confiant souvent dans la faculté qu'il a de pouvoir racheter son bien, quand il sera revenu à meilleure fortune, l'indigène sera exproprié par un de ses coreligionnaires peu scrupuleux ou un Européen, qui aura abusé de son ignorance de cette particularité de la loi française, pour le ruiner irrémédiablement. Nous aurons plus tard à examiner plus attentivement cette conséquence fâcheuse de la francisation, en exposant les agissements malhon-

nêtes de certains spéculateurs, tirant avantage de l'inexpérience des propriétaires indigènes.

Nous ne dirons rien des hypothèques que les musulmans sont évidemment libres de constituer sur leurs immeubles, qu'ils soient ou non francisés. Ne le sont-ils pas, certains prétendent que cette constitution forcément notariée suffit à les franciser. D'ailleurs, même sans entraîner cette conséquence définitive, ce contrat suffit à assurer l'application intégrale de la loi française à tous les effets qui en résultent pour le créancier ou le débiteur. S'ils sont francisés, l'hypothèque produit, dans leurs rapports, tous les effets qu'y attache le titre XVIII livre III du Code civil, puisque les indigènes ignorent l'hypothèque et qu'ils ne peuvent avoir eu en vue, en passant ce contrat, que de se référer à notre loi. Ces observations s'appliquent, à notre avis, même à l'hypothèque en Kabylie. Les auteurs, et ils sont la presque unanimité, qui soutiennent l'existence du dépôt de la terre en ce pays, tirent comme conséquence que la francisation a pour effet de transformer cette sûreté en une hypothèque française, avec ses conditions et ses effets, comme elle a entraîné la conversion d'une rahnia en antichrèse. Mais ils la laissent subsister, telle que l'ont décrite Hanoteau et Letourneux, sur les biens demeurés sous l'empire du statut kabyle coutumier. Pour nous, les Kabyles comme les Arabes, ignorent aujourd'hui l'hypothèque. Nous en concluons que, pour être valable, ce contrat passé par eux, même sur terres non francisées, devra l'être

dans la forme française, c'est-à-dire devant notaire, et qu'il sera soumis, pour la validité de ses effets, à la transcription exigée par le Code civil.

Toutes les conséquences de la francisation énumérées il y a un instant s'appliquent au présent et à l'avenir. Nous avons pris un immeuble qui vient de passer sous le statut réel français, et nous nous sommes demandé dans quelle mesure les droits réels musulmans pourraient continuer à le grever ? Mais là ne doit pas se borner notre étude. Que deviennent maintenant les droits réels musulmans qui grevaient l'immeuble avant son passage sous la loi française ? Disparaissent-ils complètement et en toute hypothèse, par le fait même de la francisation ? Survivent-ils, au contraire, à cette transformation et quelle est la portée qui leur est conservée ? Ne sont-ils soumis pour leur opposabilité aux tiers, à aucune formalité de publicité ? Comment leurs titulaires les établiront-ils. Comment en feront-ils la preuve ? Qu'arrivera-t-il au cas où, à un titre à un droit musulman, s'opposera un titre français ? Comment, en un mot, concilier les deux statuts auquel l'immeuble aura été successivement soumis ? Le statut français saisira-t-il l'immeuble vierge de tous droits antérieurs ou, au contraire, respectera-t-il ceux qui le grevaient et dont il sera dûment justifié ? Cette justification elle-même, se fera-t-elle suivant les règles de la loi française ou de la loi musulmane ? C'est, on le voit, le problème de la solution à apporter au conflit entre les lois française et musulmane.

Eclairons d'un exemple toutes ces questions. Un immeuble non francisé appartient à un indigène que nous appellerons Ali. Il le donne à rahnia à un de ses coreligionnaires, Ahmed, sans faire dresser d'écrit pour constater cette convention, et sans la porter à la connaissance des tiers par la moindre publicité. L'immeuble étant, aux termes de l'article 1er des décrets de 1886 et de 1889, régi par le droit musulman, ce droit ainsi constitué est parfaitement valable, le simple consentement, sans aucune formalité étant suffisant, en cette législation, pour assurer la perfection du contrat. Mais qu'Ali cède son bien à un Français, Pierre, par acte notarié francisant l'immeuble, Ahmed sera-t-il en droit d'opposer à ce dernier la charge qui pèse sur l'immeuble à son profit, en dehors de toute mesure de publicité, pouvant l'en avertir ? Par quel moyen devra-t-il justifier de son droit ? En quelles formes devra-t-il en administrer la preuve ? Voici donc une des hypothèses où s'élève le conflit entre les deux législations.

Il n'est cependant pas possible en tous cas, et certains modes de francisation entraînent, en même temps que le passage de l'immeuble qui en est l'objet sous l'application de la loi nationale, la purge complète de tous les droits susceptibles d'avoir été constitués sur lui par son propriétaire indigène. Nous connaissons ces modes de francisation. Ce sont ceux provenant d'une des procédures de purge générales ou partielles prévues par les ordonnances de 1846, et les lois de 1873, 1887 et 1897. En ces

cas, les titulaires de droits réels sont suffisamment avertis du sort menaçant l'immeuble qu'ils grèvent. Des mesures de publicité portent à leur connaissance la date des enquêtes, le jour de la descente sur les lieux du commissaire chargé de déterminer la situation de l'immeuble, le délai qu'ils ont pour consigner leurs réclamations sur le registre déposé à cet effet. Quand le délai pour produire leurs prétentions est expiré, deux hypothèses sont possibles. Les titulaires de droits réels, les créanciers rahniataires, par exemple, ont fait leur déclaration en temps utile et elle a été accueillie, ou ils ne l'ont pas présentée en temps opportun, et ils sont forclos de leurs droits. Dans le premier cas, disons-nous, leurs droits survivent sur l'immeuble, mais ils ne subsistent que dans la forme française, et les effets qu'ils produisent sont ceux prévus et autorisés par la loi française, dans les limites mêmes que nous avons analysées. Si c'est une rahnia elle sera maintenue en tant qu'antichrèse, si c'est une tsénia elle devra l'être aussi dans notre système, ou bien elle sera convertie en vente à réméré avec faculté de rachat limitée à cinq années, aux termes de la circulaire du Gouverneur de 1888. Dans le deuxième cas, quand les titulaires, mis en demeure de faire valoir les droits réels occultes auxquels ils prétendent sur l'immeuble, n'y ont pas répondu, l'immeuble entre dans le statut français indemne de toute charge d'origine musulmane. Dans l'une comme dans l'autre de ces deux hypothèses, aucun conflit ne peut être soulevé entre l'an-

cien et le nouveau statut de l'immeuble, puisque seules les charges réelles qui se sont fait jour sont conservées, mais sous la forme que leur reconnaît la nouvelle loi. Quant aux autres elles sont anéanties pour jamais(1).

Vastes sont les territoires où la francisation s'est ainsi accomplie, par l'effet des procédures générales ou partielles entourées de publicité, des lois de 1873, 1887 et 1897, entraînant avec elle disparition définitive de tous les droits réels indigènes restés occultes. Mais cependant le procédé le plus fréquent de la francisation ne produit pas sur eux un effet aussi radical. C'est à la francisation au moyen de la passation d'un acte notarié, relatif au transfert de la propriété d'un immeuble, que nous faisons allusion. Ici, plus de mesures de publicité, plus d'avertissement aux tiers, plus de sommation d'avoir à produire et à établir leurs droits dans un délai fatal, sous peine de forclusion. Un indigène vend à un

---

1. Une jurisprudence curieuse et critiquable est cependant en train de se former. Si elle était définitivement adoptée, elle n'aboutirait à rien moins qu'à enlever une grande partie de sa rigueur à la loi de 1897. Elle donne au titulaire d'un droit réel antérieur purgé par la procédure de la loi, le droit à une indemnité égale au préjudice que lui cause sa dépossession injustifiée et la privation de jouissance, non seulement quand le requérant a été de mauvaise foi (Alger, 4 mai 1899. R. A. 1900, II, 92), mais même en l'absence de tout dol ou fraude du bénéficiaire de l'acte (Alger, 11 décembre 1903. R. A. 1906. II. 185, 31 mars 1904. R. A. 1906, II, 298, et les critiques de M. Larcher).

Européen par acte notarié, ou constitue à un Européen en hypothèque (dans le système ou l'on admet que cet acte suffit à la francisation), un immeuble lui appartenant. Antérieurement, par convention verbale où par acte du cadi, il l'avait affecté en rahnia à un de ses coreligionnaires, sans donner à cette transaction la moindre publicité. Ce droit devra-t-il être respecté par l'acquéreur européen ? En d'autres termes, en l'absence de toute formalité de publicité, si par un des moyens que le droit musulman met à sa disposition, preuve testimoniale, preuve par un acte du cadi enregistré à ses minutes, le créancier rahniataire établit que la date de son titre est antérieure à la francisation, aura-t-il le droit de s'en prévaloir à l'encontre du tiers européen ?

A priori, semble-t-il, il n'en peut être autrement. Quel reproche pourrait-on adresser au musulman qui s'en est remis entièrement à sa loi, lui permettant de passer des conventions foncières, ou de constituer des sûretés immobilières sans en conserver la trace écrite ou être astreint à une mesure quelconque de publicité ? N'est-ce pas la loi de 1873, article 2, qui dit, en termes exprès : « Les lois françaises seront appliquées aux transactions immobilières à partir de la promulgation de la présente loi... 2° pour les conventions entre musulmans relatives à ces immeubles (francisés suivant un des modes prévus au texte) ? » Si donc la loi française ne leur est applicable que depuis la francisation, c'est, *a contrario*, qu'avant ils n'y sont pas soumis, et que

seuls les régissent la loi musulmane ou le droit coutumier, quand la convention ne met en rapport que des indigènes. Et cette manière de raisonner est confirmée par l'article premier des décrets de 1886 et 1889, portant comme nous l'avons dit plus haut : « Les Musulmans résidant en Algérie continuent à être régis par leurs droits et coutumes, en ce qui concerne ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français administratif, notarié ou judiciaire ».

Cette disposition ne serait qu'un leurre, si du fait seul de la francisation, tous les droits réels constitués sur l'immeuble étaient appelés à disparaître définitivement. Les droits qu'aurait acquis un indigène, confiant dans notre législation, seraient à la merci d'une convention que le constituant même aurait la faculté de passer à son gré. Nous retirerions de la sorte au Musulman, fidèle observateur de nos dispositions législatives, le bénéfice du maintien de sa loi coutumière que nous paraissions lui avoir accordé. D'ailleurs, si le Musulman n'a rien à se reprocher, il n'en est pas de même de l'Européen acquéreur ou titulaire de droits réels. Sa culture plus relevée doit lui permettre de connaître les usages musulmans. Il ne saurait ignorer que leurs transactions immobilières sont, la plupart du temps, occultes ; qu'en achetant des droits indigènes, il s'expose à l'éviction, si le titulaire de droits réels antérieurement constitués, arrive à prouver à son encontre, l'antériorité

de son droit. C'est donc à lui de prendre ses précautions, pour se prémunir contre les réclamations postérieures (1).

La loi lui en offre du reste le moyen : c'est le principal but que poursuit la purge partielle des lois de 1873, 1887, 1897. Elle a pour effet de contraindre les titulaires de droits réels indigènes à les faire connaître et à les manifester au plein jour. S'ils ne le font pas, s'ils restent sourds aux appels qui leur sont adressés, si, quand l'acquéreur européen s'est montré prévoyant, eux n'ont fait preuve que de négligence, ils n'auront qu'à s'en prendre à eux-mêmes de leur déchéance définitive. Mais où serait l'utilité de cette purge partielle, pourquoi la loi aurait-elle cru devoir l'édicter, si la passation même d'un acte notarié suffisait, non seulement à franciser, mais encore à faire table rase des droits réels indigènes antérieurs ? C'est là une excellente preuve qu'en dépit de l'aliénation ou de la constitution d'un droit réel par acte notarié, les droits réels antérieurs, constitués ou conservés selon les seules formes du droit islamique, sont opposables aux acquéreurs européens, et continuent à grever l'immeuble francisé. Cependant, comme nous l'avons déjà vu, ils continueront à subsister dans la mesure seulement où ils sont compatibles avec la loi française, puisque, désormais, l'immeuble est français et que sont abolis tous les droits contraires à la

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 657 et suiv. Besson, *op. cit.*, p. 324 et 325. Cf. pour les difficultés spéciales aux rahnias et tsénias, et la définition de leurs caractères, *supra*.

loi française. C'est dire que les rahnias et les tsénias seront conservées sous leurs formes françaises d'antichrèses ou de ventes à réméré .

Le conflit entre ces deux législations ainsi tranché en faveur de la loi musulmane pour tous les droits antérieurs à la francisation, qui ne saurait, en effet, avoir d'effet rétroactif, et qui se borne, en l'absence de procédure de purge, à prendre l'immeuble tel qu'il est au moment de sa conversion, revêt un caractère plus délicat quand une question de transcription vient se greffer sur lui et se poser en ces termes, pour reprendre notre exemple précédent. Ali, Musulman propriétaire de l'immeuble M non francisé, l'affecte en rahnia à son coreligionnaire Ahmed, puis le vend, le constitue en hypothèque par acte notarié à Jean, Français, ce qui francise l'immeuble, ou, tout au moins, soumet les effets mêmes de l'acte au statut français. Par application du Code civil ou de la loi de 1855, Jean fait transcrire son titre. Mais Ahmed dont la convention est restée verbale, veut en faire la preuve contre Jean, pour lui opposer sa rahnia antérieure. Lequel, préférerons-nous du Français acquéreur, nanti d'un titre français régulièrement inscrit ou transcrit, ou du créancier musulman qui a conservé son droit suivant les seuls modes de publicité exigés par sa loi ? La question semble être une simple redite de celle que nous avons examinée au paragraphe précédent, et nous allons effectivement la trancher dans le même sens. Elle mérite cependant l'examen, car elle a soulevé une assimilation à notre avis

infondée, entre le conflt de lois spécial à l'Algérie, et les conflits de lois de nations différentes.

M. Besson montre aux prises les deux titres français et indigène, il voit dans leur opposition une véritable collision entre les deux législations. Laquelle sortira victorieuse du combat ? La réponse ne lui paraît pas douteuse. Une sage application des principes de droit international privé le conduit, dit-il, à donner la préférence au statut réel français. C'est un principe constant que, quand un conflit s'élève entre le droit réel d'un étranger et la loi territoriale française, le dernier mot doit rester à celle-ci, car elle a pour objet de veiller aux intérêts vitaux du pays, au bien-être et au progrès économique de la nation. La loi de 1855 est, ajoute-t-il, de ces lois, une loi d'ordre public, qu'on ne saurait violer sans porter atteinte à ces respectables intérêts. Ainsi se justifie amplement que l'étranger ne puisse se soustraire à son application, et, à plus forte raison, un indigène dont la loi n'a été respectée qu'à titre exceptionnel, par une mesure de bienveillance et d'exception, dont les effets ne sauraient se retourner contre le Français et la souveraineté de la loi nationale (1). Cette opinion fut d'ailleurs longtemps celle de la jurisprudence, et les tribunaux et la Cour d'Alger n'hésitaient pas à se prononcer en faveur du titre français régulièrement transcrit ou inscrit, quand on lui opposait

---

1. Besson, *op. cit.*, p. 323.

un titre indigène antérieur, mais non soumis à cette publicité (1).

Un revirement s'est produit au cours des dernières années dans les décisions de ces juridictions, et on est arrivé à une conception, qui nous paraît plus exacte, de la nature des choses. Suivant le même raisonnement que nous exposions tout à l'heure on peut dire : L'indigène musulman, qui, alors que l'immeuble est sous le statut musulman, acquiert sur lui un droit réel musulman et ne le transcrit pas, ne commet aucune faute. Il n'a pas à faire transcrire, il ne peut prévoir que l'immeuble sera un jour francisé, et il serait suprêmement injuste de lui faire supporter les conséquences d'une situation qu'il n'a rien fait pour créer.

D'ailleurs, les arguments invoqués par l'auteur précédent ne sont rien moins que convaincants. Sur un même territoire, en principe, une seule loi est applicable, la loi territoriale, tout au moins en ce qui concerne les immeubles et les contrats immobiliers (article 3 du Code civil). La règle est indiscutablement exacte pour la France continentale. Mais d'abord, la loi de 1855 sur la transcription est elle d'ordre public ? Comment expliquer alors que certains droits réels soient opposables aux tiers en l'absence de toute transcription ? C'est aux hypothèques occultes, aux transmissions à cause de mort,

1. Alger, 4 avril 1868 (J. A. 1868.23), 14 décembre 1885, (R. A. 1886. II. 74.79), 23 juin 1891 (R. A. 1891. II, 461) D. P. 1892, II, 442). Tribunal d'Oran (R. A. 1890, 552).

non prévues par la loi de 1855, que nous faisons allusion. Or, nous le savons l'existence n'en est nullement subordonnée à la transcription, et les titulaires de droits réels postérieurs sont obligés de les respecter, tout comme, à notre avis, le titulaire européen de droits réels sur un immeuble doit respecter ceux des indigènes antérieurement constitués.

Même d'ordre public, la loi de 1885 ne s'impose à l'immeuble francisé qu'après sa francisation, et celle-ci n'a pas d'effet rétroactif, tout au moins, et c'est le cas qui nous occupe, quand elle n'entraîne pas également purge des charges réelles. De plus, la loi musulmane ne saurait, nous l'avons dit, être comparée à une loi territoriale étrangère. En premier lieu, la loi réelle étrangère n'est jamais applicable à l'étranger résidant en France, et ses immeubles sont toujours soumis à la loi française. Il en est, différemment de ceux possédés en Algérie par des indigènes, quand ils n'ont fait l'objet d'aucune mesure en entraînant la francisation. D'autre part, un texte formel est là : celui que nous invoquions plus haut : l'article 2 de la loi de 1873 appuyé par l'article premier des décrets de 1886 et 1889. Les transactions immobilières entre musulmans, sur immeubles musulmans, sont régies par la loi musulmane ou le droit coutumier. Ceux ci ne prescrivant pas la transcription, les droits réels consentis pendant que l'immeuble est encore sous l'empire du statut islamique, se conservent sans cette forma-

lité de publicité, et un acte notarié ne saurait, sans injustice, faire perdre à son titulaire le bénéfice qu'il espérait retirer de son droit.

Enfin, reprenant le dernier des arguments que nous donnions plus haut, nous dirons : à quoi servirait donc la purge partielle accordée par le titre III de la loi de 1873 et la loi de 1897 à l'acquéreur de biens musulmans, pour faire apparaître au grand jour les droits réels des indigènes occultes, ou les anéantir faute de mention, si l'acquéreur européen pouvait obtenir ce même résultat, de faire disparaître à tout jamais les charges réelles grevant l'immeuble aliéné, par la simple rédaction d'un acte notarié ? (1) Comme nous le disions, la jurisprudence la plus récente donne la préférence au titre musulman, quand la date en est établie antérieure à l'acte francisant l immeuble, même si ce dernier est transcrit conformément à la loi de 1855 (2).

Mais comment le Musulman qui invoquera son titre à l'encontre du titulaire de droits réels sur l'immeuble francisé en établira-t-il l'antériorité à la francisation ? Comment fera-t-il la preuve de son droit ? D'après quelle législation en déterminera-t-on les conditions de forme ? Le créancier à rahnia, agissant contre un acquéreur notarié ou un créancier

1. Alger, 2 février 1886. (R. A. 1886, II, 85.)

2. Alger, 14 janvier 1884. (B. A. 1884, 20) 2 février 1886 précité. — Nîmes, 20 juillet 1891. (B. A, 1892, II, 124.) — Cass., 8 mai 1894. (R. A. 1894, II, 298.) — Alger 3 déc. 1896. (R. A. 1897, 386). 22 avril 1897. (R. A. 1897, II, 188.) Cf. également Pouyanne, *op. cit.*, p. 679.

hypothécaire, sera-t-il admis à prouver son droit par témoins, ainsi que le lui permet la loi musulmane, ou devra-t-il en rapporter la preuve par écrit, comme l'exige l'article 2085 du Code civil pour l'antichrèse ? Nous retrouvons ici les mêmes opinions que dans les deux cas de conflits précédents. La première donne la préférence à la loi française. Avant les décrets de 1886-1889, dit-elle, les tribunaux avaient, aux termes de l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, la faculté d'appliquer, à leur choix, la coutume indigène ou la loi française dans les conflits entre Français et Indigènes. Mais l'article 77 du décret de 1889 leur a retiré le droit de faire appel, en toute matière, à la preuve testimoniale, en abrogeant la disposition générale de l'article 37, pour en réserver l'application aux seules matières personnelles et mobilières. Tel est l'argument adopté par la jurisprudence de la Cour d'Alger dans un arrêt du 28 janvier 1892 (1).

Nous ne saurions pas plus souscrire à cette opinion que nous ne l'avons fait précédemment, et les raisons que nous avons données de notre refus d'y adhérer, trouvent également ici leur application, sans que nous croyions devoir les exposer de nouveau. Encore une fois, le créancier indigène ou l'acquéreur indigène ne sauraient être astreints, en vue d'une francisation éventuelle, qu'ils ne peuvent prévoir, à faire constater leurs droits par un moyen

1. R. A. 1892, II, 124. D. P. 1893, II, 103.

différent de celui que leur recommande leur loi ordinaire : la preuve testimoniale. Nous les autoriserons donc, pour notre part, à établir par témoins qu'un droit réel leur a été constitué sur l'immeuble avant la francisation (1). Mais nous ne saurions, sans manquer à l'équité dont nous formons la base de notre raisonnement, interdire à l'Européen adversaire de l'indigène d'établir, à son tour, ses prétentions par la même voie, et de répondre à une enquête par une contre enquête.

D'ailleurs, l'Européen, lorsque le droit qui lui est opposé est une rahnia, aura presque toujours été averti de l'existence de cette charge de l'immeuble, par le fait même de son occupation effective par le créancier rahniataire. Cette possession le placerait en mauvaise posture pour invoquer son ignorance des droits grevant l'immeuble, la possession constituant un excellent mode de publicité. Le conflit pourrait plutôt s'élever entre un débiteur constituant, au mépris du droit duquel un créancier rahniataire aurait vendu le bien occupé, et l'acquéreur de cet immeuble. Pour pouvoir opposer son droit à l'acquéreur européen, le créancier rahniataire indigène doit au moins l'avoir conservée suivant les règles du droit musulman. La dépossession volontaire le priverait donc de l'exercice de sa revendication.

---

1. Cf. en ce sens, Alger, 6 avril 1898 (R. A. 1898, II, 317). Justice de paix Zemmora (Kabylie) 2 mars 1898. (R. A. 1899, II, 255.)

Nous avons ainsi épuisé les questions soulevées en matière de sûretés réelles, par le passage d'un immeuble du statut islamique ou mixte au statut français. Nous avons vu que l'effet de la francisation varie suivant la cause ayant amené la conversion du régime d'un domaine : procédure générale ou partielle entraînant francisation et purge de tous droits antérieurs non réclamés, acte notarié entraînant seulement francisation sans anéantissement des droits réels. En tous cas, purgées ou non, les seuls droits réels indigènes de sûreté que les Arabes ou les Kabyles sont autorisés à constituer sur les terres du Tell, qui sont désormais passées définitivement sous l'empire des lois françaises de la propriété foncière, sont la rahnia et la tsénia que nous considérons toujours comme des antichrèses, tandis que d'autres y voient tantôt une antichrèse (rahnia et tsénia à rachat indéfini), tantôt une vente à réméré (tsénia à rachat défini), telles que les prévoit et les réglemente notre Code civil.

CHAPITRE IV

Les terres non francisées.

Sommaire

Territoires du Tell. — Territoires hors du Tell. — Application des lois et coutumes locales. — Conflit des coutumes indigènes. — Matière personnelle et mobilière. — Matière réelle et immobilière. — Application facultative de la loi française. — Conclusion.

Ralentie par la loi de 1897, qui a supprimé dans son article 1er les procédures générales et dispendieuses de délivrance de titres définitifs de propriété, la francisation, malgré ses progrès constants, est loin encore de s'étendre à tout le sol de l'Algérie. Nous ne saurions trop le répéter : le passage d'un immeuble au statut français est, en quelque sorte, exceptionnel, et nécessite l'accomplissement d'une des formalités requises à cet effet par la loi. Dans les territoires qui n'ont fait l'objet d'aucune des opérations des lois de 1873, 1887 ou 1897, qui n'ont pas cessé d'être sous la main d'indigènes musulmans, sur

lesquels ces derniers n'ont constitué aucun droit réel, constaté en la forme authentique par un notaire français, la loi locale, musulmane ou Kabyle, conserve son empire, en ce qui concerne les transactions immobilières d'indigène à indigène. Ainsi le décide en termes exprès l'article 1er du décret du 17 avril 1889, confirmant sur ce point l'article 16 de la loi du 16 juin 1851.

D'ailleurs, outre ces enclaves conservant encore leur statut indigène, — mais pour un temps seulement et sous la menace constante de passer définitivement sous le régime français, le jour où leur propriétaire les aliénera par acte authentique à un Européen, ou qu'il en sollicitera lui-même la francisation, — il est toute une partie de la terre algérienne, et non la moins considérable, échappant complètement à la loi française et restée soumise au statut mixte, qui était la règle générale dans la Colonie avant la loi de 1873. Nous voulons parler des territoires situés hors du Tell. Le Tell est cette région parallèle au littoral de la Méditerranée, s'étendant jusqu'à la limite méridionale que lui assigne le Dr Warnier, dans son rapport aux Assemblées sur la loi de 1873 (1), et dont la carte annexée au décret du 20 février 1873 indique la ligne. En deçà, les règles que nous avons analysées dans les trois précédents chapitres trouvent leur application ; au delà, le statut mixte conserve toute sa force.

---

1. Estoublon et Lefébure. Code annoté, p. 403, col. 2.

L'immeuble obéit aux lois françaises ou locales suivant qu'il est l'objet d'une transaction entre indigènes et Européens ou entre indigènes seulement. Passé sous le régime français, s'il est acquis par un Européen, un domaine retombe sous le statut indigène dès qu'il revient aux mains d'un Arabe, d'un Kabyle ou d'un Mozabite non naturalisé Français. La loi de 1873, pas plus que celle de 1887 ou de 1897, n'y reçoit son application : un acte notarié ne suffit pas à rendre à jamais un immeuble français ou à purger les droits réels indigènes qui le grèvent. Si, par erreur, une propriété qui y est située est l'objet d'une série d'opérations desdites lois, elles ne produisent aucun effet utile. Les titres délivrés au requérant ne forment pas l'origine absolue de sa propriété, et ne ferment nullement la porte aux revendications de ceux qui croient avoir des droits à faire valoir sur elle (1).

La colonisation ne s'y est pas encore établie d'une façon sérieuse : les territoires du littoral ou des plaines francisées suffisent pour le moment aux besoins des immigrants français ou européens. Les inconvénients de l'indivision et des droits occultes musulmans ne s'y font pas sentir et, d'une façon générale, la législation indigène y reçoit une application presque constante. D'ailleurs, la loi de 1897, dans son article 12, a prévu le cas où la francisation d'un de ces territoires situés hors Tell, deviendrait

1. Alger, 19 février 1903. (*R. A.* 1904, II, p. 81.)

utile. Elle donne au Gouverneur Général le droit de désigner le périmètre qui sera désormais assimilé au territoire du Tell. Jusqu'à présent, aucun arrêté de ce genre n'a été pris, et la portée des considérations que nous venons de développer reste sans atteinte.

Dans ces deux sortes de territoires : propriété non francisée dans le Tell, terres appartenant à des indigènes hors Tell, la loi française ne régit donc pas les rapports entre indigènes. C'est dire que la loi musulmane, la coutume kabyle, le Nil ou la coutume ibadite, vont présider à leurs transactions immobilières. Nous devrons donc nous référer à leurs règles pour en déterminer la nature ou les effets (1). Spécialement, en ce qui concerne les sûretés réelles immobilières, elles pourront librement être constituées suivant les règles mêmes que nous analysions dans la première partie de notre travail.

En pays arabe, la rahnia et la tsénia conserveront tous les caractères que nous leur connaissons. Le remboursement du prêt avancé sur gage, ou le rachat de la terre aliénée avec faculté de retour, pourront être indéfiniment offert ou exercé, sans que l'acquéreur puisse jamais invoquer la déchéance quinquennale du réméré prescrite par la loi française. Les contractants auront la faculté de stipuler à leur gré la compensation des revenus et des intérêts du capital prêté, sauf à recourir à une tsénia, quand un cadi

1. Cass., 19 décembre 1900 (*R.A.* 1901. II, p. 22).

scrupuleux ou un prêteur religieux se refuseront à consentir un prêt, si le contrat de garantie est appelé rahnia avec jouissance des fruits de l'immeuble engagé. Aucun écrit ne sera nécessaire pour constater la convention. Un accord verbal, susceptible d'être établi par tous les moyens, même et surtout par la preuve testimoniale, suffira à lier les parties. Quand les contractants croiront devoir en conserver une trace écrite, ils dresseront eux-mêmes l'acte à ce destiné, ou ils en demanderont la rédaction au cadi. Le juge musulman sera, dans certaines conditions (1), compétent pour connaître des difficultés qu'elle soulèvera ; lorsque le magistrat français aura à en connaître, en premier ressort ou en appel, c'est de la loi musulmane qu'il fera application, et c'est aux écrivains orthodoxes ou aux coutumes locales qu'il devra recourir pour trancher ces litiges (2).

En pays kabyle, ce sont les règles des Kanouns ou de la coutume que les juges de paix, juges de droit commun, observeront. Ils décideront si les conditions de forme et de fond requises pour la validité d'une rahnia, seul procédé, nous le savons, actuellement connu chez ses habitants, sont remplies. La latitude laissée par la loi kabyle, au prêt à intérêt, rendra sans doute difficile l'annulation des opéra-

1. Les cadis ne connaissent plus des matières immobilières musulmanes que dans les territoires hors Tell. En territoire du Tell et sauf en Kabylie, ils n'ont compétence que pour les matières personnelles et successorales.

2. Alger, 3 juin 1897. (*R. A.* 1898. II, 51.) Cass., 19 décembre 1900, précité.

tions usuraires qui se cachent sous le couvert de cette combinaison licite. C'est pourquoi, plus qu'ailleurs, s'impose dans cette région, une réglementation ou même une mesure plus radicale à l'égard de ce contrat.

Enfin les cadis ibadites, successeurs des anciens prêtres-juges (cheiks), auront à apprécier, dans les villes de la confédération du Mzab, la valeur qu'il faut attacher à un acte de nantissement immobilier passé entre Mozabites, sous la forme d'hypothèque que nous avons décrite. Souvenons-nous, d'ailleurs, que situé hors du Tell, le territoire mozabite échappe par conséquent à la possibilité d'une francisation définitive, au moins dans l'état actuel des textes législatifs et des arrêtés gubernatoriaux.

Nous avons déjà comparé l'état de l'Algérie, au point de vue des lois et usages locaux, aux provinces de l'ancienne France soumises, elles aussi, à des statuts différents. Dans la masse du pays indigène, obéissant en principe à la loi musulmane pure ou à ses déformations pratiques, émergent les deux îlots d'inégale importance du droit kabyle et du droit ibadite. Or, de même que les divergences théoriques des coutumes françaises, se traduisaient par des conflits incessants entre contractants de pays voisins, et que les plus grands juristes s'appliquaient à découvrir le critérium de leur solution, de même les différences assez considérables que nous avons signalées en leur place, entre ces trois formes du droit indigène algérien, sont la source de conflits journaliers, tant en

matière personnelle qu'en matière réelle. Choisissons-en deux exemples, se rapportant aux matières que nous traitons : nous poserons d'abord les éléments du conflit, nous verrons ensuite les solutions qu'y ont successivement apportées les textes des lois françaises.

Sur le marché d'un village kabyle, un colporteur de race arabe, pressé par le besoin, ou désireux de profiter d'une bonne occasion qui lui est offerte, s'adresse à son voisin, kabyle, lui demandant de lui prêter une somme de 1.000 francs, qu'il s'engage à lui restituer avec intérêts d'usage au bout de l'an. L'échéance arrivée, lorsque le créancier kabyle, muni d'un titre passé par un taleb (lettré) ou par le débiteur lui-même s'il sait écrire, en poursuivra le remboursement, le débiteur arabe, redevenu soudain fidèle observateur des prescriptions coraniques, quand son intérêt le lui commandera, se refusera énergiquement à acquitter autre chose que la somme même qu'il a reçue. Quant aux intérêts, il se retranchera pour en éviter le paiement derrière la parole du Prophète « Tu ne feras pas l'usure. » Mais le Kabyle objectera que lui n'a pas à se préoccuper de la loi coranique au régime de laquelle il n'est pas soumis, que seuls ses kanouns forment sa règle et qu'ils autorisent la perception d'un intérêt de l'argent, souvent même sans lui assigner aucune limite. Nous sommes donc en présence d'un conflit des lois kabyle et musulmane. La matière est personnelle et mobilière, laquelle appliquerons-nous ? Nous déciderons-

nous en faveur de la légalité du prêt à intérêt, stipulé conformément aux kanouns, ou l'annulerons-nous comme contraire aux préceptes du Coran ?

Les principes universellement admis aujourd'hui du droit international privé, nous auraient conduit à la solution suivante. En l'absence de convention spéciale des parties, quand un contrat intervient entre personnes de statuts personnels différents, la loi déterminant les effets de la convention est celle du lieu où s'est noué le lien de droit, la *lex loci contractus*. Or, dans l'hypothèse que nous avons envisagée, le prêt s'était effectué en pays kabyle entre un Kabyle soumis à sa coutume et un Arabe disciple absolu du Prophète : les conséquences du prêt, la validité de ses conditions devaient être appréciées en se plaçant sous le régime de la loi kabyle. Celle-ci autorisant le stipulation du prêt à intérêt, l'Arabe poursuivi par son créancier pouvait être contraint d'exécuter intégralement son obligation.

L'ordonnance de 1842, qui prévoit la première la possibilité d'un conflit entre indigènes de « race ou de rite différents », nous disait bien qu'ils étaient réputés avoir contracté suivant la loi du pays. Mais quelle était cette loi ? Le décret de 1874 (spécial à la Kabylie) dans son article 3, nous donne la réponse à cette question. « Entre indigènes Arabes ou Kabyles ou Musulmans étrangers soumis à des lois différentes, quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera... en matière personnelle ou mobilière celle du lieu où s'est formé le contrat

ou, à défaut de convention, la loi du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation. Si les parties ont indiqué, lors du contrat, à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée. » L'article 4 des décrets de 1886 et 1889, visant la même hypothèse, mais d'une façon plus générale, porte également, « relativement au statut personnel ou successoral, les Musulmans seront régis par la coutume du pays d'origine ou les coutumes du rite spécial auquel ils appartiennent ». C'est donc décréter, en cas de difficultés et sauf convention contraire, l'application de la *lex loci contractus* (1).

Si nous tournons maintenant notre attention vers les matières réelles et immobilières, nous pouvons trouver un exemple de conflit dans un cas sur lequel la Cour d'Alger a eu à se prononcer. Un Mozabite consent à un Arabe malékite un prêt de 1000, et subordonne ce prêt à l'affectation d'une garantie immobilière. Il exige, par exemple, que son débiteur lui constitue une rahnia sur un de ses biens situés en territoire arabe, et non soumis à la loi française. Cependant, croyant que le droit musulman comme sa loi ibadite, ne fait pas de la prise de possession une condition essentielle du gage immobilier, il se contente d'une promesse écrite passée devant le cadi, par laquelle son emprunteur déclare lui donner son bien à rahnia. Quand, au jour de l'échéance, ses

1. Cf. Besson. *op. cit.*, 1re partie. ch. VI.

sommations à son débiteur d'avoir à se libérer, étant restées vaines, il aura recours au cadi pour obtenir de lui l'autorisation de procéder à la vente de l'immeuble engagé, le débiteur lui opposera la nullité de sa garantie, la condition essentielle du contrat de rahnia, la dépossession du constituant, n'ayant pas eu lieu (1). Le Mozabite invoquera à son tour sa loi particulière, autorisant la constitution d'une véritable hypothèque. Dans quel sens trancher ce conflit ? Laquelle l'emportera de ces deux lois : la loi malékite avec son exigence rigoureuse, ou la coutume ibadite économiquement supérieure ?

C'est la *lex rei sitæ*, la loi de la situation de l'immeuble, qui trouvera ici son application. En l'absence de toute loi spéciale, les principes seuls du droit international privé nous feraient une obligation d'admettre cette solution. Mais nous retrouvons dans les textes mêmes que nous invoquions, à propos du conflit personnel, la solution législative du conflit qui peut s'élever entre droit musulman ordinaire, droit kabyle et coutumes ibadites ? Qu'un indigène obéissant à une de ces trois formes du droit indigène, contracte avec un de ses coreligionnaires, soumis à l'empire d'une autre, au sujet d'un immeuble situé dans un territoire où il est fait appli-

---

1. La détention même du titre écrit n'est pas une preuve suffisante de la persistance de la dette. La dépossession du créancier équivaut, en rite malékite, à sa renonciation ou à la libération du débiteur. Cf. Alger, 9 juin 1883 (*B. J.* 1883, p. 193. *J. R.* 1883. 401).

cation du statut de l'un d'eux, c'est ce dernier statut qui l'emportera. Nous devrons par conséquent nous référer à lui, quand il s'agira d'examiner si les formes exigées pour la validité, pour la preuve, pour la publicité même du contrat, ou de la sûreté réelle consentie, ont été remplies ; lui seul indiquera les effets qu'ils entraînent et les moyens d'y mettre fin.

Ainsi, l'article 3 du décret de 1874, réservé uniquement au pays kabyle, décide qu' « entre indigènes « Arabes ou Kabyles ou Musulmans étrangers sou« mis à des lois différentes, quant à l'objet de la con« vention ou de la contestation, la loi applicable « sera, en matière réelle... celle du lieu de la situation de l'immeuble » et les articles 5 des décrets de 1886 et 1889 portent que « La loi ou coutume « applicable en matière réelle entre Arabes, Ibadites « ou Musulmans étrangers, sera celle de la situation « des biens. »

Se prononçant suivant les principes d'où ont été déduits ces textes, étendant par analogie le décret de 1874, spécial à la Kabylie, la Cour d'Alger avait résolu en ce sens le conflit dont nous donnions plus haut un exemple. Entre un Mozabite, créancier rahniataire d'un immeuble situé en pays arabe, et réclamant le privilège du gagiste, quoique non mis en possession, et un Arabe débiteur, soutenant que cette dernière condition était absolument exigée pour la validité du nantissement, elle statuait en faveur de cette dernière prétention. Le bien était, en effet, situé en un territoire où la loi coranique et

ses dérivations malékite et hanéfite recevaient leur entière application (1).

En vertu du même principe, les auteurs qui admettent la persistance de l'hypothèque kabyle, tranchent de façon analogue le conflit susceptible de s'élever, en matière de sûreté réelle, au sujet d'un immeuble situé en pays kabyle ou en dehors. Le Kabyle, décident-ils peut valablement invoquer, dans son pays, le bénéfice d'un nantissement à lui consenti sans déplacement de propriété. Pour nous, le seul conflit possible en cette matière aura trait aux conditions et aux effets différents des rahnias musulmanes et kabyles. Si un Malékite, propriétaire d'un bien en territoire kabyle, l'affecte à la garantie d'un prêt à lui consenti par un Kabyle, il ne sera pas reçu à soutenir que les fruits et les intérêts ne peuvent se compenser, et que les revenus perçus doivent venir en déduction du capital avancé. Rigoureusement exacte en droit musulman pur, cette conséquence de la prohibition du prêt à intérêt ne pourrait trouver grâce devant la loi kabyle, la *lex rei sitæ*, qui autorise le prêt à intérêt, souvent même sans en limiter le taux, et qui, en conséquence, ignore la tsénia, moyen fréquemment usité par les Arabes pour tourner l'interdiction du Prophète.

D'ailleurs, nous le savons, rien n'empêche, même en territoire non francisé, les indigènes musulmans de soumettre leurs contrats à la loi française. S'ils

1. Alger, 20 mars 1882 (*B. J.* 1882, p. 215).

désirent, au lieu de donner un bien à rahnia, constituer sur lui une véritable hypothèque ils pourront le faire, en respectant les formes exigées par le Code civil pour cette sûreté. Seul un notaire pourra y procéder, et le recours au ministère de cet officier public suffira à lui seul, pour qu'en l'absence même de stipulation expresse, les parties soient réputées avoir voulu faire produire au contrat dont elles lui confient la rédaction, tous les effets qu'y attache la loi française. A supposer donc la passation d'un acte de ce genre, relativement à un immeuble non francisé, insuffisante à entraîner *de facto* le changement définitif de statut, c'est déjà là une conséquence appréciable. Passée devant notaire, une rahnia aura seulement la portée d'une véritable antichrèse sans droit de préférence, et la tsénia sera convertie en une vente à réméré, si le notaire l'a ainsi qualifiée, avec les conséquences rigoureuses de déchéance, dont abusent les spoliateurs peu scrupuleux des indigènes ignorants. En optant pour la loi française, les indigènes ne font, en somme, qu'user du droit que leur reconnaît les textes portant « leurs conven- « tions sont régies par la *lex rei sitæ* ou *loci con-* « *tractus* si les parties n'ont pas, lors du contrat, « désigné la loi à laquelle elles entendaient se sou- « mettre » (1).

1. Article 3. Décret du 17 avril 1889.« Les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à l'application de leurs droit et coutumes pour se soumettre à la législation française... La renonciation résulte, en outre, à moins de

Avec ce chapitre se termine l'étude purement juridique des sûretés réelles en droit indigène algérien. Nous avons successivement établi les règles relatives aux institutions reconnues ou tolérées par le droit musulman proprement dit, la coutume kabyle et la législation mozabite ou ibadite. Nous avons déterminé le champ d'application respectif de ces différentes émanations de la révélation ou des besoins pratiques. Nous avons exposé les restrictions qu'y a apportées la loi française, la diminution d'abord rapide, puis plus lente et progressive, de leur domaine, par l'infiltration de la loi française et l'augmentation du nombre des immeubles soumis à son régime. Cependant, quoique restreint, ce domaine ne laisse pas de présenter un certain caractère d'importance, et grâce à la loi française qui a aplani les conflits possibles entre elles, grâce à un critérium scientifique, les difficultés auxquelles donnait lieu la coexistence de ces coutumes différentes tendent à disparaître. Nous allons maintenant, avec la troisième partie de notre travail, aborder l'examen des résultats économiques des institutions indigènes de crédit immobilier. Il nous fournira l'occasion de nous demander si nous sommes arrivés à l'achèvement de l'œuvre, ou si le législateur français doit, au contraire, user de l'autorité puisée dans sa double qualité de conquérant et de civilisateur, pour réagir,

---

déclaration contraire de la réception de la convention originaire par un officier public français. » Cf. aussi décret, 29 août 1874 (Kabylie), art. 4.

sans entrer cependant dans la voie de l'assimilation excessive, contre la liberté laissée aux indigènes de continuer à appliquer intégralement leurs lois et coutumes foncières sur les terres qui échappent aujourd'hui à l'empire de la loi nationale.

Troisième Partie

LES ABUS DU NANTISSEMENT IMMOBILIER
LES MAUX ET LES REMÈDES

CHAPITRE Ier

Les Inconvénients Économiques

Sommaire

Les doléances unanimes. — L'usure algérienne et ses formes. — Les abus de la vente à réméré du Code civil. — Les avantages des rahnias. — Leurs dangers. — Le prêt avec rahnia. — Les risques du prêteur. — Les augments de rahnia. — La vente judiciaire. — Les enchères occultes. — Accaparements territoriaux. — Indigènes et Européens. — La commission de protection de la propriété indigène. — Les enseignements de l'enquête. — Les prêts. — Les ventes à réméré et leurs remboursements. — Les saisies immobilières et leurs adjudicataires.

Depuis longtemps les publicistes, les juristes et les économistes algériens ne cessent de dénoncer

les abus des rahnias et des tsénias dans les territoires de propriété indigène. Les pays de propriétés collectives même (arch) qui, théoriquement, sont inaliénables et partant incapables de servir de gages à des prêts, n'échappent pas à leurs inconvénients. Les occupants du sol voilent leurs opérations sous forme d'échange de jouissance temporaire d'une parcelle de terre contre celle d'une somme d'argent (1), ou passent ouvertement des tsénias ou des rahnias quand l'administration manque de vigilance. De la sorte, il n'est presque aucune partie de la colonie qui soit indemne de ce fléau, et dans certaines régions, les domaines possédés à titre de créanciers rahniataires ou d'acquéreurs à tsénia, sont plus étendus que ceux cultivés par leurs propriétaires (2).

Aussi, de tous côtés s'élèvent les doléances des débiteurs expropriés. Leurs représentants dans les assemblées électives s'en font les porte-paroles, les Délégations financières (organe chargé de la gestion du budget Algérien) envisagent la question et la mettent à l'étude. Les réunions syndicales s'y intéressent : la Chambre d'Agriculture vote ainsi, dans sa séance du 5 mars 1907, une résolution tendant à

---

1. Exemple d'un acte de ce genre. « Ali prête 100 à Ahmed pour trois ans, celui-ci lui prête sa terre pour le même temps. »

2. Rapport de M. Legras (Palestro). Sur 11.593 hectares de terres cultivables les deux-tiers, soit 7.540 hectares, sont grevés de rahnias (Pouyanne, *op. cit.*, p. 947).

l'abolition de l'antichrèse musulmane (rahnia), car, au rebours de l'antichrèse française, elle favorise trop le créancier au détriment du débiteur. Le Gouverneur s'émeut des abus d'autorité des fonctionnaires indigènes et leur interdit de consentir ces sortes de prêts (1). La Commission de codification du droit musulman décide de prendre provisoirement des mesures transitoires de répression, bien qu'elle ne soit pas parvenue au titre de la législation immobilière. Enfin, la Commission de protection de la propriété indigène rassemble, dans un recueil des réponses qu'a provoquées son enquête, toutes les plaintes qui s'élèvent, tant dans l'élément indigène, que parmi les habitants et immigrants européens, contre les abus de ces procédés ruineux de crédit immobilier. Il est temps à notre tour, maintenant que nous connaissons les conditions théoriques des institutions indigènes, d'en exposer les errements pratiques et les inconvénients économiques, pour en rechercher ensuite les remèdes.

Les rahnias et les tsénias sont une des formes multiples que revêt en Algérie l'usure, fléau qui y sévit d'une façon chronique, malgré les prohibitions coraniques, peut être même à cause d'elles, et en dépit des prescriptions de la loi de 1898. Les peuples divers se coudoyant dans notre colonie, emploient chacun le mode de prêts qui leur est le plus profitable. Les Européens prêtent volontiers

1. Circulaire du Gouverneur général du 15 juin 1906.

sur gage mobilier ou immobilier, et donnent naturellement à leurs contrats la forme française : antichrèse ou vente à réméré du Code civil. Les Kabyles, en dehors de leur pays, prêtent sur gages mobiliers à des taux si usuraires que le Gouverneur vient de prendre, à leur encontre, une série de mesures de répression (1). Les Mozabites, peu soucieux de s'encombrer de terres dont l'occupation les lierait au sol et leur interdirait le retour dans leur pays d'origine, préfèrent les avances sur grains, les ventes à terme à prix beaucoup plus élevés qu'au comptant, l'échange de grains d'une qualité déterminée contre ceux d'une autre espèce de valeur plus grande, livrant, par exemple, un sac de blé aux semailles, contre la promesse de deux à la récolte (2), tous procédés rappelant ceux qu'énumère Beaumanoir pour les condamner. Enfin, dans les terres occupées par des indigènes sédentaires : Arabes ou Kabyles, ils recourent surtout entre eux, pour se procurer des fonds mobiliers, aux emprunts accompagnés de rahnias, ou aux ventes avec faculté indéfinie de rachat.

A chacun de ces moyens correspond, outre la violation des règles prohibitives d'un intérêt excessif, des abus particuliers. Quand, entre un Indigène et

1. Cf. Circulaire du Gouverneur général sur l'usure kabyle et Mozabite. Le *Mobacher* du 2 mars 1907.

2. Cf. Rapports des juges de paix de Taher, Lamoricière, Oued-Fodda. Une enquête sur la propriété indigène (R. A. 1905. 1. p. 69 et s.).

un Européen ou un Israélite naturalisé, intervient une vente avec faculté de rachat, qu'elle soit passée devant notaire ou sous seing privé, le résultat suivant se produit fatalement. L'Indigène, s'imaginant avoir consenti une vraie vente à tsénia, est convaincu qu'il a devant lui un délai indéfini pour rentrer en possession de l'immeuble aliéné. D'ailleurs, connaît-il la déchéance attachée par la loi française à l'expiration du délai préfix de cinq années, qu'il ne s'en préoccuperait guère plus, étant données son insouciance native et son inconscience absolue de la notion de temps. Nulle part, plus que chez lui n'est vrai le vieil adage : « Qui a terme ne doit rien » (1).

Aussi consent-il le plus souvent la vente à réméré pour une somme dérisoire, fort inférieure à la valeur réelle de l'immeuble aliéné, dans l'espoir de pouvoir plus tard le recouvrer à meilleur compte. L'acquéreur, intéressé à éviter ce remboursement, n'hésite pas à ajouter un supplément à la somme qu'il a primitivement versée. Il propose lui-même au débiteur des renouvellements d'échéance, en les accompagnant de ces versements, et il atteint ainsi le délai fatal fixé par la loi à l'exercice du réméré. De la sorte, moyennant un prix insignifiant, l'Européen avisé ou même l'Arabe, plus au courant de notre loi que son cocontractant ignorant, abuse des dispositions de notre Code civil pour dépouiller sans

1. Pouyanne, *op. cit.*, p. 942 et suiv. Rapport des juges de paix d'Aïn-Bessem, d'Oued Fodda, *loc. cit.*

retour des Indigènes confiants qui ont cru consentir une vente à rachat indéfinie, quand ils signaient au contraire le pacte de leur ruine définitive.

Fréquentes, disions-nous, sont en territoire purement indigène les rahnias et les tsénias, mais elles n'offrent pas toujours le caractère d'opérations usuraires. Les avantages, surtout de la rahnia, en sont parfois considérables. Qu'un indigène abandonne son pays, pour aller chercher fortune au loin ; qu'un habitant de Kabylie, par exemple, s'expatrie pour se livrer au commerce du colportage, ou aux travaux des moissons dans les terres colonisées, la rahnia lui offrira un moyen de se procurer une avance sur sa terre, en conservant l'espoir de la reprendre à son retour, en bon état d'entretien et de culture. Il serait prudent, cependant que son absence ne se prolongeât pas outre mesure ; sans cela, il risquerait de se heurter à la prétention du créancier rahniataire refusant de reconnaître un droit de propriété que l'emprunteur aurait grand'peine à établir (1).

Les mineurs y trouvent également un moyen de sauvegarder leurs biens contre les dilapidations de leurs tuteurs. La terre est souvent pauvre, de valeur locative presque nulle. Aussi le tuteur ne peut en tirer aucun parti au profit de son pupille. Deux issues seules s'offrent à lui : ou aliéner définitivement l'immeuble et en obtenir une somme assez considérable, qui sera presque aussitôt dissipée, ou

1. Rapports du juge de paix de Taher (*loc. cit.*).

la donner à rahnia moyennant une avance plus modeste, qui sera également absorbée, mais qui permettra au mineur de récupérer son bien quand il en aura la capacité. Entre ces deux maux nécessaires, il vaut évidemment mieux opter pour le moindre, et accepter le maintien de la rahnia.

Enfin, nous avons déjà eu l'occasion de signaler un emploi assez fréquent, dans certaines régions, de l'antichrèse musulmane. Elle a lieu dans le cas où l'immeuble provenant d'une dévolution successorale, est trop peu productif pour subvenir aux besoins des cohéritiers. Ceux-ci peuvent, comme précédemment, le céder à titre de vente incommutable ou l'affecter à rahnia, en se réservant ainsi la faculté de le reprendre plus tard, et en se partageant immédiatement la somme obtenue par cette convention. Ils ont le plus souvent recours à ce deuxième procédé et ce mode de jouissance des terres indivises se pratique concurremment avec la location de terres successorales de faible rendement, accompagnée du partage proportionnel du prix du loyer (1).

Combien faibles cependant sont ces avantages, quand on les compare aux conventions usuraires que cachent presque toujours ces rahnias et tsénias, et qui expliquent la fréquence de leur emploi ! On peut dire, en effet, que n'offrant pour le créancier que des bénéfices, les rahnias et les tsénias sont le

---

1. Etude sur la propriété indigène dans le canton d'Aïn-Bessem (Pouyanne, *op. cit.*, p. 1009).

préliminaire fatal de l'expropriation et de la ruine du débiteur qui les consent. Le processus habituel d'un prêt, accompagné ou suivi de rahnia, va, d'ailleurs, nous permettre d'en apprécier les conséquences.

L'Indigène, momentanément gêné, a besoin de fonds pour l'achat des grains destinés aux semailles, pour l'acquisition des quelques instruments aratoires primitifs qu'il emploie, ou même, en raison de l'insuffisance du rendement de sa terre, pour sa nourriture et celle de sa famille. Son voisin, l'usurier mozabite, Kabyle, Européen ou Israélite, selon la région, sera assez disposé à lui avancer les fonds nécessaires, peut-être même au début sans garantie. Mais il exigera la promesse du remboursement, au terme convenu, de la somme prêtée augmentée d'un intérêt fort élevé, obtenu presque toujours au moyen d'une mention majorée dans la reconnaissance signée au prêteur, que l'avance consiste en numéraire ou en nature. Vienne le jour de la première échéance, et le débiteur sera rarement en mesure de s'acquitter de son obligation.

Qu'à cela ne tienne : le créancier ne se montrera pas impitoyable. Il cachera son dessein sous une générosité apparente ; il consentira même une augmentation du prêt contre l'affectation à la garantie de sa créance d'un bien du débiteur. Il se fera donner sa terre à rahnia ou en acquerra la propriété sous condition de réméré. Il ne pratiquera, d'ailleurs, cette opération que si la valeur de la terre est de

beaucoup supérieure à la somme avancée. Il n'est pas rare de voir ainsi une dette gagée sur un immeuble équivalent à plusieurs fois le montant du prêt. Le créancier acquiert de la sorte un double avantage. Il a la garantie la plus parfaite du remboursement de sa créance, éventualité dont il se désintéresse et dont il souhaite même la non-réalisation, et il puise dans cette convention des intérêts considérables qui, en quelques années, le récupèrent et au delà du capital avancé. C'est une violation déguisée de la prohibition de l'usure, et l'intérêt produit ainsi, arrive à un taux souvent exorbitant. Il s'élève généralement à trente, quarante, cinquante et jusqu'à cent pour cent du capital prêté. Les débiteurs fortement attachés à leurs terres, tout au moins au moment où ils les donnent en gage, croient en effet trouver dans cette modicité du prêt, une perspective de rentrer plus facilement en possession de leurs biens fonds. Ils ne considèrent pas leur privation de jouissance comme définitive, ils l'envisagent comme une nécessité inéluctable mais temporaire, et cherchent à se réserver le moyen d'y mettre fin aussitôt que possible (1).

Toutefois, le taux usuraire des avances sur rahnias ou du revenu des terres aliénées à tsénia n'est

1. Deux exemples entre mille. Un acquéreur à réméré, en 1889 devient en 1892 propriétaire de 30 hectares valant 250 francs l'un pour une avance de 500 francs, soit neuf fois la valeur du prêt (R. A. 1905, *loc. cit.*). 20 hectares à 200 francs l'un, garantissant une créance de 650 francs, sont acquis au créancier.

souvent pas aussi exagéré que certains publicistes voudraient l'affirmer. Certes, dans les années de récoltes abondantes, le possesseur tire du domaine qu'il met en valeur un revenu parfois énorme, et hors de proportion avec l'avance qu'il a faite. Mais le rendement des propriétés indigènes est loin d'avoir la régularité de celles qui sont aux mains d'Européens. Les moyens primitifs de culture, les calamités naturelles, réduisent souvent à néant le travail de l'occupant, et il perd même le fruit des avances nécessitées par l'exploitation du domaine. Il arrive ainsi que les bonnes et mauvaises années se compensant, le montant de l'intérêt n'atteint pas le niveau élevé qu'on lui assigne, et que cette incertitude des récoltes, cet aléa des revenus de l'immeuble justifie, dans une certaine mesure, la disproportion entre la valeur du bien fonds et du prêt. Le forfait entre fruits et intérêts, autorisé par le Digeste romain, ne reposait pas sur un autre fondement que sur ce caractère aléatoire du rendement agricole.

Si le débiteur conserve l'espoir de rentrer, dans un avenir plus ou moins éloigné, en possession de son domaine engagé ou vendu à réméré, c'est qu'il compte sans l'intérêt contraire du possesseur, qui va mettre tout en jeu pour éviter ce remboursement. La plupart du temps, il est vrai, il n'aura qu'à laisser faire la force des choses. Au fur et à mesure que s'allongera le laps de temps le séparant du prêt, le débiteur verra s'affaiblir son désir de reprendre son bien. Il se fera à l'idée que l'aliénation qu'il croyait tem-

poraire peut être définitive. Il viendra peut-être à décéder, et ses héritiers se désintéresseront de la reprise et du remboursement, quand ils ne trouveront dans la succession aucun bien susceptible de les leur permettre. De la sorte, le créancier ou l'acquéreur à réméré, même en terre musulmane, verra sa détention précaire, sa jouissance temporaire, se transformer en un droit de propriété incommutable, grâce à la négligence, à l'insouciance et à la paresse de son débiteur ou de son aliénateur. Dans nombre de cas il en va autrement. Pour rendre plus difficile le rachat ou le remboursement de l'emprunteur, le prêteur lui avance une somme au delà de celle qu'il lui a remise. Il évite ainsi également le zèle religieux d'un cadi consciencieux, qui, observateur fidèle de la loi coranique, pourrait bien transformer la rahnia coutumière en un simple vif gage, conforme à l'enseignement orthodoxe. Plus le capital garanti sera considérable, moins le créancier aura à redouter pareille éventualité. C'est là ce qu'on appelle un augment de rahnia.

Lorsqu'ajoutés à la dette première, ces augments font atteindre à la créance du prêteur un montant qu'il juge suffisant ; lorsque la différence entre ce capital et la valeur du fonds est réduite au degré minimum qu'il est disposé à accorder, le créancier, met en demeure le débiteur d'avoir à libérer son gage, ou d'en subir l'expropriation définitive. Nous savons, en effet, qu'en territoire musulman, les indigènes assimilent rahnias et tsénias, et que dans le

cas de ventes avec retour, l'autorisation du cadi est toujours nécessaire pour permettre à l'acquéreur conditionnel de devenir propriétaire définitif, *erga omnes*. Le créancier va donc procéder à l'exécution de l'immeuble affecté. Mais cette exécution ne sera, d'ordinaire, entourée d'aucune des formalités destinées à en assurer la sincérité, et à provoquer le rendement maximum de la valeur du bien adjugé.

Le possesseur obtiendra facilement du cadi un jugement nécessaire pour provoquer l'adjudication, sans même justifier d'une mise en demeure préalable du débiteur. Il arrive, généralement que le prêteur n'est autre qu'un des personnages puissants de la religion : un fonctionnaire du gouvernement français investi auprès de ses coreligionnaires de toute l'autorité qu'ils attachent à son titre de personnage officiel, ou un riche propriétaire du pays, que sa fortune met à même de corrompre le cadi et d'obtenir de lui des faveurs. Aussi, la vente de l'immeuble aliéné s'opère-t-elle sans publicité, sans que rien vienne avertir les tiers étrangers de l'aliénation projetée, et leur permettre d'élever le prix des enchères en y participant. D'ailleurs, en auraient-ils l'intention qu'il leur serait difficile de la mettre à exécution : ils craindraient, en venant concourir avec le puissant créancier poursuivant l'adjudication, de s'attirer des représailles, en encourant sa colère. Souvent, au jour fixé pour elle, des créatures du créancier garnissent les abords du lieu de l'adjudication, et s'opposent, par leur présence à toute velléité de suren-

chère. Aussi, le prix auquel l'immeuble est adjugé au poursuivant, comme c'est le cas dans l'immense majorité des hypothèses, arrive-t-il à peine au montant du capital avancé. De la sorte, pour une somme presque toujours de beaucoup inférieure à la valeur qu'aurait produite l'immeuble, si la vente s'en était opérée dans des conditions normales de publicité et de concurrence, le créancier rahniataire ou l'acquéreur à réméré, se voit attribuer la propriété définitive du fonds qui le garantissait, et le débiteur irrémédiablement exproprié et ruiné, est transformé en un prolétaire agricole (1).

La plupart des grandes fortunes foncières des Indigènes ont une origine semblable. Un indigène se rend acquéreur d'une part dans une propriété indivise, ou s'y installe comme créancier rahniataire d'un des copropriétaires. Peu à peu, sous l'empire des nécessités qu'il sait créer si elles ne se produisent pas naturellement, il étend le cercle de ses opérations aux voisins, et arrive progressivement à éliminer tous les anciens occupants, moyennant des avances insignifiantes. Quand il a ainsi réuni entre ses mains la majorité des terres qu'il convoitait, il en poursuit la vente, grâce à la connivence ou à la bienveillance intéressée d'un cadi, et s'en fait déclarer seul adjudicataire pour le même prix qu'il a avancé sur elle (2).

1. Procès-verbaux de la Commission d'enquête de 1898. p. 36.
2. Cf. Rapport Legras (Palestro). Pouyanne, *op. cit.*, p. 947.

Ainsi la grande propriété tend, dans nombre de douars, à remplacer la petite propriété, sans que, d'ailleurs, il en résulte le moindre progrès économique. On pourrait croire, en effet, que l'accaparement des terres par des notables indigènes, aboutirait à la substitution d'une exploitation plus scientifique, ou plutôt moins routinière, aux procédés primitifs et rudimentaires des petits propriétaires arabes, et que l'expropriation des petits débiteurs serait au moins une source de progrès général, en amenant les terres entre les mains de ceux qui en tireraient le meilleur parti. Il n'en est rien. Quand les domaines immenses sont acquis par les indigènes eux-mêmes, ou les usuriers israélites, qui trouvent dans les prêts sur rahnia et surtout les ventes à réméré les éléments d'une fortune immobilière, la culture reste l'objet des mêmes errements. Les anciens propriétaires ne sont pas expulsés : ils sont maintenus en possession du sol, à un titre différent. Au lieu d'être des propriétaires (fellahs), mettant en valeur leur propre fonds, ils exploitent celui d'autrui en qualité de métayers au cinquième (khammès).

Leur situation est plus enviable quand l'acquéreur est un Européen. Presque toujours ce dernier se propose de mettre en valeur son bien suivant les principes d'agriculture moderne, ou tout au moins d'après une méthode plus productive. Aussi, introduit-il immédiatement la charrue française à la place du soc antique du fellah indigène. La terre fumée et traitée par les engrais chimiques, se couvre de céréa-

les dont le rendement est presque équivalent à celui des propriétés de France. Le fellah exproprié a tout lieu de se réjouir du changement de sa position. De petit propriétaire, vivant au jour le jour, exposé aux calamités et aux fléaux de la nature, n'ayant devant lui aucune épargne pour résister à la moindre crise, il est transformé en un journalier au service d'un Européen. Bien dirigé, il devient un bon ouvrier, sans souci du lendemain, touchant un salaire supérieur à ce que lui rapportait sa terre quand il l'occupait. Cependant ce changement ne va pas, à son tour, sans ses dangers, et le moindre est de détacher l'Arabe du sol auquel il tient, d'en faire un prolétaire agricole, que rien ne retient plus à l'endroit où il est né et où avaient vécu ses pères. Toutefois, le péril est plus grand du côté de ses coreligionnaires, car, outre l'abus des rahnias plus fréquent de leur part, leur accaparement ne lui apporte même pas les compensations qu'entraîne l'acquisition européenne.

Emu des dangers considérables que font courir à l'avenir économique et à la propriété agricole de l'Algérie l'abus de l'usure et les excès des rahnias et des tsénias ; pour mettre un terme aux protestations sans nombre des indigènes contre les prétendues évictions, dont ils se disaient victimes de la part des Européens, le Gouverneur Général, sur la foi des rapports pessimistes lui signalant de tous côtés un accroissement des ventes volontaires ou forcées consenties par les Indigènes aux Européens et Israé-

lites, décida, par arrêté du 28 juin 1898, la création d'une commission dite « de protection de la propriété indigène », chargée « d'étudier les moyens de remé- « dier aux inconvénients résultant des trop grandes « facilités offertes aux indigènes pour aliéner leurs « terres » (1).

Une mesure préalable fut une enquête générale par voie de questionnaire adressé d'abord à toutes les personnes susceptibles, par leurs fonctions, d'éclaircir la question. A vouloir embrasser à la fois toutes les phases de la situation, on aboutit à l'incohérence et à la confusion, quand on ne se heurta pas à l'indifférence. Aussi se retourna-t-on plus modestement vers les juges de paix (2) pour les prier de formuler, chacun dans la limite de sa circonscription territoriale, les réponses les plus précises et les plus complètes au questionnaire qu'on leur envoyait. Outre des renseignements généraux sur les procédés habituels d'usure des prêteurs de nationalité différente, sur le taux usuel des intérêts stipulés ou perçus indirectement, il demandait, en ce qui touche aux sûretés réelles indigènes, une statistique portant sur les vingt dernières années : 1° des aliénations consenties

1. Cf. Proc. verb. des séances de la Commission. Alger, 1904, p. 36.

2. Les juges de paix algériens à compétence étendue sont les magistrats qui connaissent, en principe, des affaires foncières indigènes dans le territoire civil de l'Algérie, à l'exception des chefs-lieux d'arrondissement, où siège un tribunal de première instance.

par des indigènes à leurs coreligionnaires, à des Européens ou à des Israélites sous les deux formes : ventes ordinaires définitives et ventes à réméré, leurs causes et leurs conséquences ; 2° des constitutions de rahnias, des remboursements de rahnias, du taux de l'intérêt prêté dans ces conditions, et des saisies immobilières musulmanes avec leurs résultats : adjudications aux poursuivants ou tiers, etc.

Réunies dans une brochure publiée par les soins du Gouvernement Général de l'Algérie, ces monographies locales de magistrats en contact journalier avec les indigènes, disposant des puissants moyens d'investigation de l'Administration, ont pleinement confirmé toutes les appréhensions que faisaient naître les abus des nantissements immobiliers, surtout entre indigènes. Sur ce point, les réponses ont été presque unanimes, quelle qu'ait été la région étudiée. Les juges de paix de Kabylie, les présidents des tribunaux des arrondissements kabyles : Tizi-Ouzou et Bougie, ont été à l'unisson du reste de l'Algérie, avec cette seule différence : dans la première, les transactions avec Européens sont plus rares que dans les pays de colonisation intensive, et l'usure s'y pratique exclusivement entre Kabyles, sans que les prêteurs mozabites, européens ou israélites puissent exercer leur industrie contre ces sérieux rivaux. Elle y règne d'ailleurs en maîtresse absolue, et si elle s'étale au grand jour dans l'arrondissement de Tizi-Ouzou, où les créanciers stipulent couramment des intérêts dont le minimum, aux termes des

Kanouns, est de trente-trois pour cent, et dont le maximum est presque illimité, elle revêt dans celui de Bougie, moins hostile aux principes juridiques du Coran, la forme classique de la tsénia ou de rahnia, aboutissant également à la dépossession inévitable du débiteur (1).

Toutes les réponses s'accordent sur un point, la vente amiable ou forcée de la terre est presque toujours la conséquence plus ou moins lointaine, mais fatale, d'un prêt consenti à des conditions très onéreuses pour le débiteur, et où le créancier s'assure un maximum d'avantages : garantie complète, jouissance des revenus d'un immeuble grandement supérieurs au profit normal qu'il devrait retirer de ses capitaux, perspective d'une appropriation presque certaine de l'immeuble, moyennant un prix dérisoire. D'ailleurs les statistiques démontrent à l'évidence le caractère purement fictif des ventes qualifiées ventes à réméré, et indiquent la proportion de celles où le débiteur est assez heureux pour se libérer. Il faut, avant tout, ne pas se méprendre sur la portée exacte des chiffres dont nous disposons. Les statistiques ne portent naturellement que sur les opérations qui ont laissé une trace de leur conclusion, c'est-à-dire celles pour lesquelles les contractants ont eu recours au ministère d'un cadi. Nous savons que leur nombre doit être augmenté de toutes les conventions — et

1. Rapport du Président du Tribunal de Bougie, M. Junilhon (Enquête de 1898, p. 228).

ce sont sans doute les plus fréquentes — qui ont été purement verbales.

Le juge de paix du canton d'Aumale donne comme constatées par actes du cadi, le chiffre de 2096 rahnias pour les vingt années 1880-1900, et il estime que plus de la moitié du sol de son canton est occupé à titre de créanciers antichrésistes. Celui de l'Oued Fodda nous fournit deux documents. Les ventes définitives entre indigènes s'élèvent à 2208 contre 254 ventes à réméré, les quittances de réméré ne portent que sur 109 de ces dernières. Quant aux rahnias de musulmans à musulmans, elles ont été au nombre de 668, tandis que les remboursements de prêts ainsi garantis n'atteignent que le chiffre de 207, soit moins du tiers. Dans le canton de Taher, la proportion des ventes à réméré aux ventes ordinaires est à peu près constante : 12 contre 62 c'est-à-dire un cinquième, mais il convient de le faire remarquer, avec l'auteur du rapport, les ventes qualifiées volontaires, sont souvent des aliénations opérées sous la menace d'une expropriation forcée par le créancier, et pour éviter les frais de poursuite, en encaissant même une petite somme pour y consentir. Assez stricts Musulmans, les indigènes de ce canton évitent de passer leurs rahnias devant les œdis qui les considèreraient comme contraires à l'enseignement du Prophète. Mais, ajoute le rapporteur, le simple fait du nombre de contestations soumis journellement au tribunal de paix, jugeant en matière musulmane, au sujet de rahnias, donne une idée du

nombre considérable de ces contrats passés sous-seing privé ou par convention verbale. Le canton d'Ain Temouchent complètement francisé ne donne plus d'exemple, ou presque, de rahnias et de ventes à réméré entre indigènes. Ceux-ci ont été complètement ruinés par les usuriers, ou expropriés par les acquisitions des Européens, soit à titre définitif, soit d'abord à réméré, puis à titre incommutable. Enfin, le rapport du juge de paix de Lamoricière est plus typique encore en ce qui concerne les ventes à réméré, puisque leur total atteint plus de la moitié de celui des ventes ordinaires entre Musulmans : 158 contre 286, et que les rahnias ne s'y élèvent qu'à 66 (1).

Une preuve du but poursuivi par le créancier en se faisant accorder la possession, la jouissance soi-disant précaire de l'immeuble affecté à sa garantie, ressort également d'un autre fait dont nous avons plus haut souligné l'importance. Le prêteur ne vise à rien moins qu'à se procurer à bon compte, dans un avenir plus ou moins lointain, la propriété définitive d'un immeuble. Il ne prend, d'ailleurs, même pas le soin d'en poursuivre la vente forcée. Il se contente de laisser faire l'indifférence du débiteur, qui, après quelques années de dépossession perd complètement le souvenir de son immeuble et, en eût-il les moyens, ne se préoccupe plus de recouvrer la détention de son fonds. Souvent même le créan-

1. Cf. R. A., 1905, *loc. cit.*

cier prend un jugement contre son débiteur insolvable, et n'en poursuit pas l'exécution, car, pour éviter des frais plus nombreux, l'emprunteur préfère délaisser sa propriété contre l'abandon des poursuites et une légère indemnité. Ainsi, le rapport du canton de Taher signale 500 affaires aboutissant à des jugements contre les débiteurs récalcitrants, et 12 saisies immobilières seulement. Du reste, suivant l'habitude que nous indiquions, les adjudications sont toutes prononcées au profit des poursuivants, sans que les tiers étrangers soient intervenus aux enchères. Même constatation dans le canton d'Aumale, où 2096 rahnias n'aboutissent, en vingt ans. qu'à 54 saisies immobilières musulmanes pratiquées tant par le juge français que par le Cadi. Tous les immeubles saisis par le cadi étaient, d'ailleurs, inévitablement adjugés aux créanciers poursuivants (1).

Des considérations précédentes et des résultats des enquêtes prescrites par l'Administration, ressort nettement la nécessité absolue de mettre un terme aux inconvénients et aux dangers que font courir rahnias et tsénias à la prospérité, au bien-être et au développement économique et agricole de nos cinq millions d'indigènes algériens. Ils peuvent se résumer de la façon suivante. Pratiqué à des Européens ou à des Israélites sous la forme notariée ou sous seing privé de vente à réméré et d'antichrèse, ou entre indigènes seulement, sous celles de rahnia

1. Cf. R. A., 1905, *loc. cit.*

et de tsénia, le nantissement immobilier cache toujours une opération usuraire : il voile sous le couvert d'un acte licite, une convention de prêt à intérêt exorbitant qu'interdit le Coran, et que la loi civile prohibe également dans la colonie depuis l'année 1898. Les tribunaux sont pourtant impuissants à la réprimer, car elle est fort difficile à poursuivre et le débiteur y est presque toujours d'accord avec le créancier, pour affirmer la parfaite régularité du contrat.

Dépossédé de sa terre, c'est-à-dire privé de la seule source de son revenu, l'indigène qui a donné son fonds à rahnia ou l'a aliéné à tsénia, à vil prix, n'a aucun moyen, dans la plupart des cas, pour réunir les ressources nécessaires à rentrer en sa possession. L'espoir qu'il avait d'abord caressé de le reprendre dans un avenir prochain, en remboursant la faible avance obtenue grâce à lui, fait bientôt place au découragement, et le jour où le créancier le met en demeure de se libérer sous peine d'exécution forcée, il n'a même plus le sentiment de la ruine que lui occasionne cette expropriation définitive. La réglementation de ces contrats s'impose donc, pour éviter aux débiteurs malheureux la dépossession et la ruine complète, pour leur conserver l'amour de la terre et les attacher au sol par des liens plus puissants que ceux du simple colonage partiaire. Elle se heurte d'ailleurs à des difficultés sans nombre, et nous allons examiner dans le chapitre suivant, les remèdes multiples qu'on a proposé d'y apporter, avec les objections qu'ils soulèvent.

CHAPITRE II

Les Projets de réforme

Sommaire

Le crédit indigène. — Les pessimistes. — La tutelle des Indigènes. — Leur éducation économique. — Le problème du crédit agricole et foncier. — Les sociétés de prévoyance. — Leur insuffisance et leurs abus. — Les deux tendances réformistes. — Les assimilateurs. — 1° Francisation. — 2° Les livres fonciers. — Les partisans du régime dualiste. — 1° Répression de l'usure. — 2° La publicité des enchères. — 3° La suppression des ventes à réméré.

Puisque la spoliation presque certaine de l'emprunteur, qui s'est dépossédé temporairement d'un de ses immeubles, est le résultat habituel d'un prêt, c'est tout le problème du crédit indigène que met en jeu la question des remèdes à apporter aux abus du nantissement immobilier, sous les formes que nous lui connaissons. Mais ce problème est lui-même lié à celui de l'éducation économique de nos sujets indigènes d'Algérie. Est-il possible d'éviter les ruines nombreuses, conséquences éloignées mais fatales d'un prêt usuraire, par une organisation plus rationnelle du crédit dont ont besoin les petits cultivateurs

arabes ou kabyles ? Peut-on espérer arriver un jour à amener nos sujets à un degré d'avancement suffisant à leur permettre d'obtenir du crédit à des conditions moins onéreuses qu'à l'heure actuelle ?

En effet, aujourd'hui, il ne faut pas incriminer exclusivement les usuriers, du taux élevé exigé de leurs emprunteurs. Nous n'avons, certes, pas la prétention de justifier, en toute hypothèse, les intérêts exorbitants qu'ils stipulent ; mais les risques d'insolvabilité qu'ils courent, la mauvaise foi, l'insouciance de leurs débiteurs, le peu de sûreté des garanties offertes, expliquent la différence du loyer de l'argent en Algérie et en France. Aussi convient-il de ne pas perdre de vue ces éléments de hausse de l'intérêt, quand on étudie le fléau de l'usure, et de ne pas assimiler complètement ce problème, tel qu'il se présente en Algérie avec l'aspect qu'il offre dans la France continentale. La réponse faite par le Directeur de la Banque de l'Algérie au questionnaire qu'on lui avait adressé, lors de l'enquête de 1898, résume très nettement l'opinion actuelle sur le crédit dont sont dignes les indigènes. « Il ne faut pas « espérer, affirme-t-il, que le crédit aille jamais aux « Indigènes, étant donnée l'absence irréparable de « garanties à laquelle on se heurte dans cette classe « d'emprunteurs. En dehors de ce qu'ils peuvent « présenter à l'hypothèque, quand ils sont déten- « teurs de terres de propriété privée, ils n'ont rien « à offrir au crédit, pas même l'honnêteté. Le sys-

« tème du warrant agricole ne sera jamais employé « par le petit fellah » (1).

La situation actuelle est-elle donc dès lors appelée à se prolonger indéfiniment, et sommes-nous condamnés à assister, impuissants, à l'expropriation lente mais sûre, à la ruine progressive des petits propriétaires, à l'accaparement de leurs terres, non seulement par les Européens, ce qui est un progrès économique relatif, mais aussi et surtout, par leurs coreligionnaires aussi routiniers qu'eux, et à la création d'un prolétariat, agricole dont nous pouvons tout craindre ? Certains pessimistes n'hésitent pas à envisager une perspective aussi désespérante pour l'indigène. Puisque la dépossession, l'aliénation foncière volontaire ou forcée provient de l'insolvabilité du débiteur, à quoi servirait de maintenir, au moyen d'une protection artificielle, la propriété entre les mains d'un homme qui n'a pas su la mettre en valeur et qui a donné, par sa ruine, la preuve de son incapacité ?

Mieux vaut, au point de vue de l'avenir économique du pays, que lui soit retiré un domaine dont il n'a pas tiré profit, et qu'il arrive en la possession d'un individu qui le fera mieux servir à la prospérité générale. Toutes les tentatives de perfectionnement de l'indigène se heurteront à son apathie native, à son indolence, à son indifférence, à son fata-

---

1. *Enquête sur la propriété indigène*, p. 19.

lisme, à son imprévoyance et surtout à son hostilité de toutes les réformes venant du « Roumi », du conquérant, qui ne cessera jamais à ses yeux d'être l'éternel ennemi. D'ailleurs, à quoi servirait une intervention de l'Etat ? Elle ne ferait qu'aggraver les défauts inhérents au caractère indigène, et l'habituerait à se reposer sur l'intervention administrative, à ne plus compter sur son énergie et sur son activité, mais à tout attendre de l'Etat-Providence (1).

Une semblable théorie dispense de l'examen des moyens propres à amener nos sujets algériens dans la voie du progrès et à éviter leurs fréquentes spoliations. C'est une application du principe égoïste de la libre concurrence, longtemps prônée pas l'école libérale économique, mais que les économistes les moins interventionnistes repoussent aujourd'hui comme trop absolue. Nous serions, pour notre part, disposé à l'appliquer en pays civilisé, arrivé à un degré de culture assez avancé pour que de la concurrence libre naissent le progrès et la fortune, et non la routine et la ruine. Mais ne l'oublions pas, nous nous trouvons en Algérie en face d'une population indigène de près de cinq millions d'âmes, contre une colonie européenne de 600.000 habitants. Il est donc impossible de décréter que les premiers seront à jamais expropriés au profit des seconds, ou de quelques-uns de leurs semblables plus puissants ou plus riches. Cette solution est trop simpliste

1. *Ibid.*, p. 109.

pour passer dans le domaine de l'application pratique, et nous ne saurions nous y rallier.

Pour nous, au contraire, le devoir le plus strict de l'Administration est de veiller aux intérêts des Indigènes et de les empêcher de se dépouiller volontairement, ou à la suite de prêts usuraires. Nous avons conquis le pays, nous avons substitué une organisation savante à l'anarchie et aux luttes intestines qui régnaient au temps de l'occupation turque, nous avons mis fin à l'insécurité et au chaos, mais tout cela n'a été acquis qu'au prix de la perte de la liberté. Pour beaucoup d'indigènes nous sommes encore les intrus, les ennemis, qu'au jour de la guerre sainte, au moment de la venue du Maître de l'heure, on jetterait à la mer. Il importe donc de manifester notre occupation autrement que par des mesures de répression, et puisque nous sommes des maîtres aux yeux des habitants, que nous leur imposions notre volonté dans leur propre intérêt. Les Indigènes ne sont, en effet, que de grands enfants ; ils partagent avec cet âge l'insouciance et l'imprévoyance. Il faut donc les prémunir contre leur propre entraînement, exercer sur eux une véritable tutelle, comme sur des incapables, ne pas se laisser séduire par les théories, inapplicables en Algérie, de la liberté absolue et de l'individualisme outrancier.

Du reste, comme la tutelle n'est que temporaire, et ne dépasse pas l'arrivée à l'âge de la raison et de l'expérience acquise, de même la protection exercée sur les indigènes ne serait pas indéfinie, mais dispa-

raîtrait, au contraire, progressivement, au fur et à mesure qu'ils s'avanceraient dans la voie de la civilisation, et arriveraient, sans s'assimiler d'ailleurs complètement à nous, à une conception plus exacte de leurs intérêts et de leurs besoins. De plus, cette éducation économique des habitants autochtones du pays ne se ferait pas exclusivement par voie d'autorité. L'exemple donné par nos colons européens installés au milieu des tribus indigènes, des rendements fixes et abondants que favorisent leurs procédés perfectionnés de culture, commence déjà à porter ses fruits. Certains indigènes comprennent la nécessité de les imiter, et la valeur de leurs terres, la sécurité du gage ainsi offert aux prêteurs, leur permettent d'obtenir du crédit à des conditions plus avantageuses que la masse de leurs coreligionnaires. Il y a, sans doute, là le présage d'un avenir meilleur, surtout si les pouvoirs publics cherchent à faciliter l'imitation, en offrant aux fellahs les instruments nécessaires, les semences requises, pour obtenir des résultats satisfaisants et rémunérateurs, en organisant entre eux des concours agricoles, en les encourageant à adopter nos méthodes de culture par des primes, par des dégrèvements d'impôts (1), et par l'organisation d'écoles locales d'agriculture, sans aucune prétention technique, mais conçues dans un esprit strictement pratique.

Nous ne nous dissimulons, d'ailleurs, pas la lon-

1. *Ibid.*, p. 15.

gueur du temps qui sera nécessaire à l'atteinte d'un semblable résultat, et il ne faudrait pas que les abus que nous avons signalés vinssent, par leur extension, en entraver la réalisation. Des mesures urgentes s'imposent donc, pour faciliter actuellement ou dans un avenir immédiat, l'obtention du crédit par les indigènes et la répression de l'usure sous forme de nantissement immobilier.

Le crédit agricole et foncier est un problème difficile à résoudre, même dans les pays européens. Nous en avons de nombreux exemples dans les différentes nations, et ce n'est que récemment qu'on est arrivé, particulièrement en Allemagne, à l'organiser d'une façon avantageuse pour l'emprunteur. La difficulté provient de l'incompatibilité entre la nécessité d'obtenir des fonds à bas prix et le caractère aléatoire du gage affecté : la récolte à venir, elle-même peu certaine; de sorte que l'intérêt stipulé par le prêteur, contient à la fois le loyer de l'argent et une prime d'assurances contre les risques qu'il court. L'Allemagne, la France, l'Italie et les pays du Nord de l'Europe ont réussi, dans une certaine mesure, à pallier ces inconvénients par la création de syndicats de petits paysans, offrant aux bailleurs de fonds la garantie de leur solidarité, et obtenant ainsi des avances à des taux qui leur permettent de tirer de leurs terres un profit rémunérateur.

Aucune des qualités, caractéristiques de l'agriculteur européen moderne, ne se retrouve à l'heure actuelle chez l'Indigène algérien, ignorant, impré-

voyant, n'ayant pas la moindre notion du rendement de sa terre, fort variable et exposé aux moindres calamités climatériques. On conçoit donc que le crédit agricole, pourtant peu important, puisque son seul but est de lui assurer les avances nécessaires à l'exploitation annuelle de son domaine qui doivent être restituées à la récolte, donne lieu à des opérations où le taux usuraire atteint des limites fantastiques.

Une tentative a pourtant été faite pour remédier aux dangers grandissants de l'usure, et organiser entre fellahs indigènes une institution de crédit agricole, destinée à subvenir aux besoins périodiques des agriculteurs, par l'avance de grains à des taux modérés. Tel a été le but poursuivi par les sociétés indigènes de prévoyance, de secours et de prêts mutuels créées par la loi du 14 août 1893, et organisées par l'arrêté du Gouverneur général du 7 décembre 1894, à raison d'une société par commune mixte. Les fellahs de la commune, y résidant réellement, en sont les sociétaires et ils alimentent le fonds social par des cotisations annuelles en nature (grains) ou en espèces. Leur participation est théoriquement facultative, mais en certaines communes elle a tendance à devenir obligatoire. Le Conseil d'Administration, formé de membres indigènes, en nombre égal aux divisions administratives de la circonscription communale, est présidé en fait par l'Administrateur, et les fonds ou ressources en sont gérés par le Receveur français. Les cotisations des

membres ne sont pas susceptibles de leur rapporter intérêts ; elles ont uniquement pour but de permettre des avances, des secours temporaires aux ouvriers agricoles pauvres ou malades, et aux propriétaires désireux d'entretenir et d'améliorer leurs cultures, leur matériel ou leur bétail. Ces avances sont consenties pour une période maxima de trois ans et portent intérêt à cinq pour cent, destiné à couvrir les frais d'administration et la gestion de la société, et non à distribuer un dividende aux sociétaires.

Ces sociétés, reposant sur une idée exacte, conforme aux habitudes de solidarité propres aux peuples orientaux, et qui tendent aujourd'hui à s'acclimater dans l'univers entier, n'ont pas donné tous les résultats qu'on attendait d'elles. D'abord, en ce qui concerne plus spécialement la question qui nous occupe, elles n'ont pas guère diminué le nombre des rahnias et des tsénias, car elles ne peuvent suffire à constituer des Caisses véritables de crédit foncier, c'est-à-dire des Caisses destinées à procurer aux emprunteurs les fonds nécessaires à une mise en exploitation plus parfaite de leurs biens fonds. Elles se bornent, et c'est là un résultat sensible, à faciliter les avances de grains aux nécessiteux. Mais même sur ce point, leur bienfait n'est pas complet, et par suite des influences dont nous avons maintes fois signalé les dangers, loin de combattre l'usure, ces sociétés arrivent souvent à la favoriser.

Les rapports des juges de paix sur la propriété

foncière, sont à peu près unanimes à signaler les manœuvres qu'emploient à cet effet paradoxal, les autorités indigènes chargées de veiller à la répartition des fonds d'avances. En effet, ignorants de la solvabilité de l'emprunteur, les agents français placés à la tête de la société, soucieux d'éviter des avances à des emprunteurs notoirement insolvables, s'adressent à l'adjoint indigène, au Caïd, ou au Chef de la tribu ou de la fraction, pour obtenir des renseignements. Selon que le sociétaire est ou non de leurs amis, ces renseignements sont favorables ou défavorables, et l'avance est consentie ou refusée. Les chefs indigènes ne craignent pas, parfois, de subordonner leur avis favorable au versement d'une indemnité, d'une véritable commission, proportionnelle à l'avance demandée. Quelquefois même, ils font consentir des prêts à des personnes qui n'en ont nul besoin, et celles-ci les utilisent pour les prêter à des taux usuraires, aux vrais nécessiteux, que la réponse du chef a éloignés de la Caisse. Les intérêts en sont partagés entre ce dernier et son comparse (1).

Ce n'est donc pas de ses Sociétés de prévoyance, en dépit de leurs quelques avantages, que nous devons attendre la solution du problème que nous examinions. Leur limitation exclusive au crédit agricole, les abus qu'en engendre le fonctionnement actuel, ne sont guère de nature à nous permettre d'y

1. Cf. R. A. 1905.1. *loc. cit.*

voir l'instrument de crédit idéal de l'avenir. Les réformes qu'on pourrait introduire dans la composition de leur Conseil d'Administration, une surveillance plus étroite des agents indigènes, quelques exécutions des usuriers officiels les plus marquants, amèneraient, sans doute, un progrès, mais ne sauraient suffire à nous conduire au but que nous poursuivons. Passons donc en revue les autres remèdes préconisés par les auteurs des réponses à l'enquête de 1898, et apprécions-en la valeur.

Tous s'accordent à proclamer la nécessité de mettre fin au fléau de l'usure, et à ses formes de crédit foncier. Mais les uns en cherchent le remède dans l'assimilation progressive et complète du sol de l'Algérie à celui de la Métropole quant à la loi applicable. D'autres se contentent du maintien du statut musulman, partout où il n'a pas été supplanté par la loi nationale, car il est loin de n'offrir que des inconvénients, mais prêchent la nécessité d'y veiller à une application rigoureuse des prohibitions légales contre l'usure.

Le manque de crédit immobilier des Indigènes, disent les premiers, tient à la confusion de leurs titres de propriété, à l'enchevêtrement de leurs droits, à l'indivision des copropriétaires et à la présence, au milieu de propriétaires, de rahniataires dont rien ne décèle le caractère véritable. Francisez le sol, supprimez les droits occultes indigènes, faites table rase de toutes les charges anciennes, et, nanti d'un titre français offrant toute garantie de sincérité et de

délimitation, l'occupant indigène trouvera partout du crédit, à des conditions aussi avantageuses que l'Européen (1). C'est compter sans le peu d'importance habituel des parcelles musulmanes, sans les suites du maintien de leur statut personnel. Les titres délivrés une première fois ont bien purgé l'immeuble, mais pour peu que deux ou trois générations se soient écoulées depuis leur délivrance, l'immeuble est occupé par une foule de cohéritiers et de corahniataires, qui sont simplement appelés des antichrésistes. De plus, la francisation ne va pas sans inconvénients : elle signifie pour l'indigène l'obligation de soumettre ses transactions à des formalités coûteuses, aussi ne les pratique-t-il presque jamais (2).

Non contents de proposer la francisation du sol entier de l'Algérie, certains veulent voir dans l'immatriculation totale de la terre de la Colonie aux livres fonciers, le remède souverain de toutes les difficultés. Imitons l'exemple de la Tunisie, établissons un état civil de la propriété foncière, ouvrons à chaque immeuble un compte dans le livre foncier, délivrons-en un double au propriétaire, en y mentionnant les charges réelles qui pèsent sur lui, et ce titre, transmissible au porteur par un simple endossement et une transcription sur le registre, sera le vrai symbole de la propriété. Ajoutons-y la délivrance d'une série de

1. Procès-verbaux de la Commission d'enquête de 1898, p. 119.

2. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, conclusion.

cédules hypothécaires, de coupons, que le propriétaire n'aura qu'à détacher pour affecter son immeuble d'une charge égale au montant mentionné. Nous aurons ainsi réalisé une double fin : le sol de l'Algérie sera francisé, la mobilisation du sol sera un fait accompli (1). Le Musulman possesseur d'un titre de propriété définitif suivra l'exemple que lui donne son coreligionnaire tunisien : il se contentera désormais de transmettre simplement la possession du titre, au lieu de se dessaisir de la détention effective, quand il constituera son bien à rahnia. Il évitera ainsi les inconvénients d'une dépossession matérielle, et parviendra plus facilement à se libérer de son emprunt, même s'il a été consenti à un taux usuraire, puisqu'il restera en possession de son instrument de travail.

Il y a dans cette opinion un fond de vérité indéniable, mais nous doutons fort que la perspective qu'elle nous prédit se réalise en pratique. Pour y parvenir, en effet, deux moyens sont possibles : ou employer l'immatriculation obligatoire, précédée des enquêtes générales dont la loi de 1873 a montré les inconvénients, ou laisser les Indigènes libres de requérir, à leur gré, l'inscription de leurs terres au livre foncier. Nous nous heurterions alors, à leur parti pris contre toutes les œuvres dont ils ne comprennent pas l'utilité, dans leur ignorance du progrès, et leur hostilité préconçue contre les institutions de l'infidèle, qui leur semblent toujours cacher un piège.

---

1. Procès-verbaux..., p. 119.

Enfin, nous verrions, pour notre part plutôt un malheur qu'un bienfait, du moins pour les Indigènes, dans l'adoption d'un système de mobilisation du sol par voie de cédules ou bons hypothécaires. Toutes les facilités qu'on accordera à l'Indigène d'aliéner sa terre, ne pourront qu'entraîner sa dépossession, sa ruine, et augmenter les dangers qu'on se propose de réprimer (1).

L'exemple du protectorat voisin, de la Tunisie, confirme cette manière de voir : d'une part, les indigènes musulmans requièrent l'immatriculation en nombre proportionnellement moindre que les Israélites ou les Européens, et quand ils le font c'est en vue d'une aliénation plus facile (2). Remarquons, en outre, que les Tunisiens sont beaucoup plus avancés économiquement que les tribus algériennes. Les sûretés réelles se constituent chez eux, par le simple nantissement du titre par le débiteur, sans dépossession effective (3), grâce aux titres écrits détenus par chaque propriétaire, et à l'existence de véritables notaires arabes, chargés de constater et de conserver trace des transactions immobilières.

Plus modestes sont les partisans du maintien du droit musulman dans les régions où il conserve encore son empire. Ils ne proposent pas d'opérer, par mesure générale, une conversion intégrale du

1. Cf. Pouyanne, *op. cit.*, p. 848 et suiv.

2. Cf. Pouyanne. Rapport sur l'application du système Torrens en Algérie et en Tunisie.

3. Cf. Lescure. *Du double régime foncier de la Tunisie.*

statut foncier : ils comprennent les difficultés insurmontables que soulèverait une œuvre pareille, ou les déboires qu'elle entraînerait à sa suite. Ils ne vont pas, toutefois, jusqu'à prétendre que la situation présente soit exempte de reproches. Ils sont trop évidents pour qu'on les conteste, mais ils se contentent d'y apporter des palliatifs qui ne laissent pas, à leur tour, de prêter le flanc à la critique.

En premier lieu, l'usure attire leur attention : ils réclament une application plus rigoureuse des textes législatifs et demandent que la loi de 1898, fixant à 8 o/o le taux maximum de l'intérêt conventionnel, ne reste pas lettre morte. Il faut, pour cela, poursuivre le fléau dans toutes ses manifestations, et surtout dans celles où il se cache le plus volontiers. A ce titre, les rahnias sont l'objet de leurs plus véhémentes attaques. Ils voudraient interdire aux cadis de passer ces contrats quand ils dissimulent un prêt usuraire : le juge exigerait que les parties débattissent devant lui le montant du prêt, et l'arbitrerait au besoin. Il jouirait du droit de réduire les revenus à un taux d'intérêt raisonnable, quand ils lui paraîtraient exorbitants, et d'imputer la différence sur le montant de la créance. Ce serait transformer l'opération en une véritable antichrèse française.

Mais une série d'objections vient de suite à l'esprit. Quels moyens d'investigation aurait le magistrat indigène, pour déterminer le revenu de l'immeuble, et examiner si l'intérêt constitué par ces produits est supérieur au taux normal ? Nous le

savons : ce revenu est d'autant plus instable que les procédés de culture indigène n'ont rien de la perfection qui pourrait en assurer la fixité. Ils subissent d'une année à l'autre des variations considérables, selon l'abondance ou la pénurie de la récolte, la fréquence des pluies ou la sécheresse. Dans certains pays, les récoltes n'ont lieu que tous les deux ans, le créancier possesseur touchant en somme la moitié de l'intérêt qu'on serait tenté de lui attribuer. Calculerait-on le revenu sur le rendement moyen d'une période déterminée, des cinq dernières années par exemple ? Qui alors le certifierait ? Ferait-on appel à la djemâa, à l'assemblée de la tribu, qui le fixerait selon la moyenne du produit des terres de la région ? Outre l'incertitude que présenterait un calcul ainsi établi, on se demande comment on pourrait exiger une réunion des notables à chaque constitution de prêt, si minime fût-il ? D'ailleurs, nous avons donné quelques exemples du peu de garantie que présentent certains cadis : ils n'hésiteraient pas à couvrir les opérations plus usuraires, quand les parties auraient pris soin de les y intéresser.

Même en l'absence de toute connivence du magistrat indigène, la complicité du débiteur et du créancier suffirait à éluder toutes les prescriptions légales, en majorant simplement le prix de la créance ; quand les parties n'auraient pas recouru à un simple sous seing privé ou à une simple convention ver-

bale, pour éviter l'intervention de l'autorité dans leur contrat.

Ces objections conservent toute leur valeur, si nous passons à l'examen des remèdes de ceux qui proposent le recours à un notaire, ou à un officier public pour toutes les conventions de prêt, accompagnées ou non de constitution de rahnia ou de tsénia (1). On éviterait le reproche des frais plus considérables de leur ministère, en abaissant leur rétribution au niveau de celle des cadis ; on n'attacherait pas la francisation à ces opérations ; et on exigerait que le montant du prêt fût versé à leur vue, pour éviter les stipulations d'intérêts supérieurs au taux légal. Mais, outre les subterfuges possibles entre prêteur et emprunteur, qui s'entendraient pour surprendre, sans contrôle possible, la bonne foi de l'officier public, ce système aboutirait aussi à l'inconvénient de porter atteinte à la facilité des transactions, par la nécessité de recourir à un homme de loi pour le moindre emprunt. Enfin, toute une catégorie de conventions y échapperait. Comment établirait-on le montant du prêt, quand la constitution de rahnia destinée à le garantir lui serait de beaucoup postérieure, et aurait pour but, comme cela se passe dans la majorité des cas, d'éviter ou de retarder une poursuite judiciaire et une expropriation forcée irrémédiable ?

---

1. Procès-verbaux... p. 36, 207.

L'inconvénient des ventes par ministère de cadis et des spoliations qui en résultent, par suite du défaut d'enchères et de l'adjudication presque inévitable au créancier poursuivant, disparaîtrait-il par les facilités plus grandes accordées aux Européens d'y participer, et par des mesures de publicité destinées à les porter à la connaissance d'un nombre plus considérable de tiers étrangers ? Le premier remède, possible seulement dans les régions de colonisation intensive, manquerait de portée dans celles où les indigènes occupent la majorité du sol des tribus, c'est-à-dire justement dans celles où ces accaparements sont le plus fréquent. Quant à la deuxième mesure, son efficacité nous laisse sceptique, car, nous l'avons déjà fait connaître, l'exclusion des tiers tient plutôt à des raisons politiques, à de vrais abus d'autorité, qu'à un défaut de publicité des ventes judiciaires. Empressons-nous, du reste, d'ajouter que le nombre de saisies et de ces ventes est infiniment restreint, quand on le compare aux constitutions de sûretés réelles immobilières, et que le remplacement des cadis par les huissiers français, avec un tarif spécial en matière de saisies immobilières et de ventes de biens fonds, ne ferait guère disparaître les dangers inhérents aux coutumes indigènes.

Enfin, les abus de confiance véritables constitués par les ventes à réméré, que se font consentir par devant notaire, les Européens, les Israélites et les Indigènes connaissant notre Code civil, et qui abou-

tissent à l'usurpation du bien du débiteur confiant, par l'expiration automatique du délai de cinq ans, doivent être supprimés (1). Exigera-t-on du notaire rédacteur qu'il avertisse le contractant indigène du sort qui l'attend, si, dans cinq ans, il n'a pas exercé la faculté qu'il s'est réservée. Cette formalité ne produirait, sans doute, jamais l'effet qu'on attend d'elle. Pour l'Arabe, cinq ans est une échéance qui ne lui paraît jamais devoir arriver, il ne s'en préoccupe guère, et l'atteint sans se douter de la conséquence ruineuse qu'elle a pour lui. Devrait-on subordonner la déchéance fatale du réméré à un avertissement préalable de quelques mois, pour mettre le vendeur en mesure de se libérer s'il le désirait ? Il vaudrait mieux, et nous suivons ici l'avis de certains excellents esprits, proclamer purement et simplement l'interdiction des ventes à réméré, ou leur remplacement par la tsénia telle que nous la connaissons, c'est-à-dire par une antichrèse avec faculté indéfinie d'offrir ou d'exiger le remboursement, nonobstant même toute stipulation de terme préfix. De la sorte, l'expropriation définitive nécessiterait toujours une intervention judiciaire pour la prononcer. Nous sommes même partisan d'une mesure plus radicale et nous l'exposerons dans un prochain chapitre.

De tous les remèdes, et ils sont nombreux, proposés par les publicistes, les écrivains, les écono-

1. Pouyanne. *La propriété foncière en Algérie*, p. 957.

mistes et les hommes politiques algériens, il n'en est aucun, parmi tous ceux que nous avons examinés jusqu'à présent, qui donne pleinement satisfaction aux intérêts en présence. Les uns sacrifient trop à la passion centralisatrice, au désir d'assimilation, dont l'échec retentissant des enquêtes générales de la loi de 1873 aurait dû les écarter, sans souci du large fossé qui sépare la mentalité française et nos instincts économiques de civilisés, de la mentalité indigène restée à la conception primitive du crédit. Les autres plus prudents, instruits par l'expérience, ne tombent pas dans les mêmes erreurs, mais les mesures qu'ils proposent, fort sages en apparence, perdent une grande partie de leur valeur quand on les examine à la lumière des faits et des agissements dont la société indigène algérienne nous offre le spectacle.

CHAPITRE III

La solution juridique et législative

Sommaire

Insuffisance des remèdes partiels. — Le progrès dans l'Islam. L'autorisation du prêt à intérêt. — Les textes. — Sa justification orthodoxe. — Les législations musulmanes modernes. — Prohibition absolue du nantissement immobilier actuel. — Organisation du crédit indigène. — Les banques foncières régionales. — Nombre. — Ressources. Opérations. — Garanties. — Exécution du gage.

Outre les défauts particuliers à chacune d'elles, les solutions que nous venons de passer en revue encourent toutes le reproche d'envisager le problème qu'elles essaient de trancher sous un jour trop spécial. Elles partent de l'idée préconçue de la supériorité d'une législation sur l'autre, et selon que leurs sympathies vont à la loi française ou au droit indigène, elles concluent à une révolution absolue ou au maintien intégral du *statu quo*. Nous ne doutons pas, pour notre part, de la supériorité intrinsèque de la loi française sur le droit musulman, tout au moins sous la forme qu'il revêt dans notre colonie, avec les

dérogations qu'y ont apportées les coutumes. Nous souhaiterions même son application immédiate, si nos sujets algériens étaient aptes à l'adopter. Mais nous avons trop souvent montré le fossé séparant notre civilisation de la leur, pour pouvoir préconiser une assimilation aussi complète, avant d'avoir amené les indigènes à un niveau de culture plus rapproché du nôtre. Nous ne rappellerons pas les déboires qu'ont valus aux assimilateurs trop prompts, les désastreux essais des lois de 1873 et 1887, pour nous en tenir seulement aux expériences foncières. Force nous est donc de nous résigner à la conservation des lois et coutumes indigènes, mais nous ne prétendons pas les maintenir perpétuellement dans le même état d'atonie et de routine. Notre situation de conquérants et de civilisateurs nous fait un devoir de légiférer dans l'intérêt de nos sujets, et de corriger ce que leurs droits et usages peuvent avoir de contraire à leur progrès économique.

Mais alors se pose une question primordiale. Nous n'ignorons pas l'hostilité que les Musulmans témoignent à toutes les mesures qui émanent de l'infidèle, et la suspicion dont ils frappent toutes les améliorations qu'on s'efforce d'apporter à leur situation. En effet, la source du droit étant chez eux d'origine divine, formant avec la religion un tout indivisible, ils ne sauraient, sans déchoir, sans renier leur foi, accepter les présents du non musulman, et obéir à ses prescriptions. Ils s'inclinent bien devant le vainqueur quand il leur est impossible d'en secouer le

joug ; ils observent les règles qu'il leur impose, quand ils y sont contraints ; mais leur violation n'offrant à leurs yeux aucun caractère de péché. Etant même au contraire une source de bénédiction et ils n'hésitent pas à les transgresser dès qu'ils sont sûrs de l'impunité. C'est pourquoi le législateur français, qui voudra faire œuvre utile, quand il formulera des règles relatives aux sujets musulmans de notre grande colonie, ne devra pas manquer de s'inspirer des préceptes coraniques s'il veut en être obéi. Il devra donner aux vérités dont il proclamera l'application, des bases solides dans les textes sacrés, les faire reposer sur un fondement religieux, les relier à la parole du Prophète et en rendre ainsi l'observation strictement obligatoire pour le musulman orthodoxe (1).

Une œuvre pareille est-elle possible, ne se heurte-t-elle pas à l'immutabilité du Coran, à la perfection de la loi révélée, qu'aucune loi humaine ne saurait réformer ? Le progrès législatif, est-il, en un mot, possible dans l'Islam ? L'œuvre de la législation ne s'est-elle pas définitivement arrêtée avec la mort du quatrième grand codificateur orthodoxe, avec l'Imam Hambal ? La lecture superficielle des commentateurs, ou du moins des plus anciens, justifierait cette hypothèse. Les Imams ne cessent de menacer des pires châtiments les novateurs, les réformateurs, car le

---

1. Cf. Sawas-Pacha, *op. cit.*, t. I, p. 26, t. II, p. 7, t. I, p. 166.

Prophète a dit : « Attachez-vous à observer ma Sounah et celles des Kalifes directs et en ligne directe après moi. Mordez-y de vos molaires. Gardez-vous des novateurs ; toute innovation est excentricité et toute excentricité est aberration... Tout acte que nous n'avons pas ordonné est à rejeter (1). » Et eux-mêmes de surenchérir. « Gardez-vous des novateurs, disait Abou Hanifa, des hommes à paradoxe, des hommes au langage recherché et argutieux, tenez-vous-en aux principes primitifs et purs d'origine. Est-ce qu'il y a un livre autre que le Coran et la Sounah (2) ? » Quant à Chaféi, il s'exprimait ainsi : « S'en tenir aux principes fondamentaux, telle doit être la conduite des hommes sensés et, en fait de principes, ne demandez jamais ni pourquoi ni comment, car les principes ce sont le Coran, la Sounah et ce que tous deux autorisent de déductions et d'application par analogie à des cas non prévus (3). »

Est-ce à dire que tout ce qui est en dehors des prescriptions rigoureuses du Coran, toutes les réformes que demandent le progrès, la marche en avant de l'humanité, les besoins nouveaux inconnus des contemporains du Prophète, soit à jamais proscrit tant que le Livre sacré conservera sur les croyants son empire absolu ? L'Islam est-il pour jamais voué à la routine, et n'entrera-t-il jamais dans la voie du

1. Charani, *op. cit.*, p. 38.
2. *Ibid.*, p. 44.
3. *Ibid.*, p. 45.

progrès ? Nous ne le croyons pas. Un auteur éminent, qui a plus que tout autre approfondi la philosophie du droit musulman, Sawas-Pacha, a victorieusement démontré que le Coran offrait des ressources suffisantes pour justifier toutes les réformes qu'exigent les nécessités modernes. Mais serait-il muet, que nous pourrions faire aux cas nouveaux l'application des règles existantes.

Enfin, certains commentateurs ne craignent pas d'aller plus loin, et de proclamer la possibilité d'édicter une législation qui battrait même en brèche les principes les mieux établis et les plus explicites du Livre Sacré, tant qu'ils ne se référeraient pas exclusivement aux prescriptions religieuses proprement dites, et régiraient seulement les rapports purement juridiques. Ils invoquent d'ailleurs, dans ce but, les paroles mêmes de Dieu ou de son envoyé. « Si l'Univers entier n'était qu'une mare de sang, disait Mahomet, le croyant pourrait s'en nourrir sans enfreindre la loi » (1). De sorte que la nécessité, la contrainte absolue, justifie le recours aux contrats que le Livre proclame illicites en temps normal.

L'utilité même suffit à autoriser la violation, ou tout au moins, la réforme des principes jusque-là considérés comme immuables, et Hanéfites et Malékites se rencontrent pour affirmer, les premiers que « le principe de leur droit » est qu'il faut avoir « égard

---

1. Tasouli, II, 204.

à l'utilité quand elle est générale et s'impose » (1), les seconds que « l'application de la loi peut changer avec le temps » (2).

Si la nécessité est de nature à justifier toutes les réformes, si grâce à elle, il n'est aucune des prescriptions juridiques du Coran ou de la Souna qui conserve un caractère de dogme législatif intangible, rien ne sera plus facile, semble-t-il, que de puiser dans un tel principe, le fondement du progrès, et d'offrir à nos sujets indigènes des règles qui, reposant sur un précepte reconnu, revêtiront à leurs yeux une autorité considérable. Or, de quelle façon se pose le problème dont nous nous attachons à découvrir une solution conciliant, à la fois, les scrupules religieux de nos sujets algériens et le souci bien compris de leur intérêt ? A quelles causes attribuer l'existence fréquente des rahnias, des tsénias, et des conséquences désastreuses qu'elles provoquent ?

Nous avons suffisamment insisté sur ce point : elles sont dues, en grande partie, à la prohibition du prêt à l'intérêt en droit coranique, et elles ne sont qu'un des nombreux procédés employés pour tourner une interdiction aussi contraire aux aspirations économiques humaines. L'ignorance de l'hypothèque en résulte directement, puisqu'elle implique

---

1. Tasouli II. 188, 189, 190, 195. Ibn Fahroun, II, 69, 105.

2. Dorr-el-Moktar, III, 388. — Medjellat (*Code ottoman*) 39. Cf. Projet de codification du droit musulman. Rapport de M. Moran, *loc. cit.* Norès. *Essai de codification du droit musulman* (R. A. 1903. I, p. 7).

le paiement d'intérêts annuels ou périodiques au créancier, qui ne jouit pas de l'immeuble de son débiteur et ne récupère pas ainsi la perte de l'usage capital prêté. Les caisses de prévoyance et de prêts mutuels entre indigènes ont eu à compter avec ce principe, et elles ne distribuent à leurs sociétaires aucun dividende, qui constituerait en somme un profit, un bénéfice illicite, retiré d'un prêt qui doit être gratuit.

Les Kabyles eux-mêmes, malgré l'existence chez eux de l'intérêt de l'argent, ont, dans ces dernières années, subi l'influence directe ou indirecte du principe, puisqu'à une institution de crédit immobilier perfectionnée, ils ont substitué le retour à un moyen rétrograde, soit par l'exemple que leur offraient leurs coreligionnaires arabes, soit par suite des décisions de nos magistrats français. D'ailleurs, plus que dans tout autre région, le fléau de l'usure et de ses conséquences immobilières désastreuses sévit en Kabylie, et la réglementation n'y est pas moins indispensable.

Aussi la première réforme qui s'impose, à notre avis, est de mettre le droit en accord avec les faits. Puisque les dangers du nantissement immobilier proviennent de la prohibition du prêt à intérêt, son autorisation serait de nature à en enrayer ces funestes effets. Nous n'hésitons pas, pour notre part, à y voir le prélude nécessaire de toute législation progressiste en matière de crédit indigène. La cause disparaissant, les conséquences cesseront ou subiront

une atténuation considérable. Un texte formel du Coran semble pourtant s'opposer péremptoirement à la pratique du loyer de l'argent par nos sujets musulmans. Le Livre sacré proscrit en termes d'une précision irréfutable tout bénéfice, si minime soit-il, provenant d'un prêt, et les hadits du prophète en contiennent le commentaire et le développement. Comment amener les croyants à violer ouvertement une règle qui leur paraît un des fondements les mieux établis de leur dogme religieux ? Comment justifier l'accomplissement d'un acte que les textes placent au rang des péchés capitaux ? C'est ici que nous allons faire appel aux principes mêmes du progrès islamique, pour réduire cette prescription à l'état de simple conseil, et non de prohibition catégorique entraînant pour ses contrevenants les châtiments éternels. Nous aurons à convaincre nos sujets qu'ils peuvent, en restant fidèles à leur foi, et sans rien sacrifier de leurs croyances, accepter cette conséquence pratique d'un fondement de leur loi religieuse : le progrès.

Or, la religion musulmane ne doit pas être pour ceux qui l'observent une source de gêne, une cause de ruine, mais, au contraire, de facilité, car Dieu l'a dit en termes exprès « l'Islamisme est une facilité et non une difficulté ». Les inconvénients incessants et grandissant journellement de la prohibition du prêt à intérêt, les obstacles qu'elle met à la liberté des transactions, les subterfuges auxquels elle donne naissance, sont une preuve suffisante des difficultés

qu'elle crée et de l'atteinte qu'elle porte à ce principe de progrès.

De plus le Prophète a ajouté : « En Islam point de dommage » autrement dit « la profession de la foi islamique ne doit pas être pour le Musulman une cause de dommage ». Mais l'observation la plus superficielle nous a permis de découvrir les sérieux dangers, le dommage considérable, que les débiteurs trouvaient dans cette prohibition. D'ailleurs, par le fait même de la conquête, par le fait de la pénétration réciproque des peuples, le Musulman n'est plus resté confiné dans son isolement. Il a dû prendre contact avec l'occupant du territoire ; il est entré en relations avec lui, mais ses pratiques religieuses le mettaient en état de notoire infériorité vis-à-vis des nouveaux venus. Les Européens, les Israélites peuvent librement prêter à intérêt, ils ont la faculté de tirer de leurs capitaux tous les fruits qu'ils jugent bons, et seul le Mahométan ne peut en faire autant qu'au moyen de subterfuges répudiés d'ailleurs par les vrais croyants. Il ne trouve dans l'exercice régulier de sa religion que routine et défaite.

Il est donc sous l'empire d'une nécessité inéluctable. Comme le délinquant placé sous l'empire d'une contrainte irrésistible, ne saurait être puni d'un fait qu'il n'a pas été en son pouvoir d'éviter, de même le Mahométan, entouré de concurrents puisant dans leur loi l'autorisation de pratiquer le prêt à intérêt, doit être mis en mesure de lutter avec eux à armes

égales. Une assemblée de jurisconsultes musulmans pourrait, sans crainte de violer la volonté de Dieu, et au contraire, en en faisant une stricte application, prescrire l'autorisation pour l'avenir du prêt à intérêt à tous les fidèles à la parole du Prophète. S'appuyant ainsi sur une décision de docteurs musulmans, qui contribuerait à donner à la règle une autorité plus considérable, le législateur français mettrait fin à ce principe suranné de la loi coranique, comme il l'a fait, au début du XIX^e^ siècle, à l'encontre des prohibitions du droit canonique (1).

Les lois en usage dans les pays restés temporellement et spirituellement soumis au droit coranique, ne font d'ailleurs, que confirmer ce raisonnement. Le Code civil ottoman, comme le Code égyptien, ont dû s'incliner devant les nécessités grandissantes du commerce et de l'agriculture, et admettre la validité de l'intérêt de l'argent, pour mettre fin, en les réglementant, aux prêts usuraires que provoquait la clandestinité du prêt à intérêt basée sur l'interdiction du Coran. Un firman impérial de l'année 1268 de l'hégire (2) (1851) fixa à 12 o/o le maximum de l'intérêt conventionnel. Il prohibe la constitution de prêts autrement que devant les conseils généraux, qui doivent en expédier et délivrer gratuitement les titres authentiques de constatation. Des lois postérieures vinrent successivement modifier ce firman.

---

1. Cf. Sawas Pacha, *op cit.*, t. II, p. 558 et suiv.
2. Aristarchi Bey et Nicolaïdès. *Législation ottomane*, t. I.

Une première de 1280 (1863) (1) ne fit qu'y ajouter certaines prescriptions peu importantes. La dernière, du 9 redjeb 1304 (3 avril 1887), abaisse le taux maximum de l'intérêt conventionnel, tant en matière civile que commerciale, à 9 o/o, et décide qu'en aucun cas, le montant des intérêts ne pourra dépasser le principal (2). Quant au Code civil égyptien, élaboré sur le modèle du nôtre, il fixe à 7 o/o en matière civile et à 9 o/o en matière commerciale le taux légal de l'intérêt, et décide que la convention ne pourra jamais le porter à plus de 12 o/o (3). Si donc dans les pays où le Coran a conservé intacte toute son autorité religieuse, les souverains ont été contraints de prendre des mesures pour remédier aux abus d'une proscription incompatible avec la nécessité pratique, s'ils ont obéi aux besoins de leurs sujets et aux doléances que soulevait un principe manifestement contraire à l'enseignement économique, nos sujets musulmans ne sauraient nous en vouloir d'édicter l'application d'une règle que le Commandeur des Croyants a lui-même jugée indispensable.

Autorisés à pratiquer librement entre eux le prêt à intérêt, sous réserve, bien entendu, des limitations qu'il conviendrait d'y apporter, et qui ne soulèveraient pas les objections généralement adressées par les économistes libéraux à leur réglementation,

---

1. *Ibid.*

2. *Annuaire de législation étrangère,* vol. XIX, 1889, p. 868.

3. Code civil égyptien (1896), art. 124, 125, 478.

puisque nous proclamons la nécessité de traiter les indigènes en mineurs, non doués d'une capacité entière, nos sujets ne seraient plus reçus à invoquer sa prohibition pour justifier l'emploi des rahnias et tsénias. Nous pourrions alors en édicter purement et simplement la prohibition absolue : qu'elles revêtissent la forme française de la vente à réméré ou de l'antichrèse musulmane.

Dans le premier cas, en effet, nous savons qu'elles aboutissent, le plus souvent, à de véritables abus de confiance, les acquéreurs à réméré profitant de l'ignorance de l'article 1660 de notre Code civil, pour dépouiller irrémédiablement leurs contractants indigènes. D'excellents esprits ne craignent pas de demander une mesure aussi radicale en France, où la vente à réméré est le procédé classique pour tourner l'interdiction du pacte commissoire, édictée par l'article 2088 du Code civil. C'est ainsi que Chardon dans son *Traité du dol et de la fraude*, formule les griefs qu'on est en droit d'adresser à la vente à réméré. « On ne peut se dissimuler qu'il y a un défaut de corrélation dans le Code. Puisqu'en admettant l'impignoration des immeubles on voulait, ce qui est infiniment juste, prohiber toute clause attribuant de plein droit au créancier l'immeuble engagé, c'était un motif de plus, et un motif irrésistible, d'abolir la vente avec faculté de rachat, qui offre très naturellement et très légalement, le moyen de rendre la prohibition illusoire. Mais les deux parties ayant été traitées séparément, l'une dans le contrat

de vente, l'autre dans le contrat de nantissement, on ne s'est pas aperçu sans doute de la contradiction qui se trouve entre ce qui est permis d'un côté et défendu de l'autre. Infailliblement cette anomalie disparaîtra à la première revision du Code civil (1). » Nous avons suffisamment montré les dangers de ce contrat en Algérie, plus fréquents qu'en France, pour souscrire pleinement à cette conclusion.

Une opinion intermédiaire voudrait se contenter de ramener la vente à réméré, que les parties l'aient qualifiée de vente à tsénia ou de vente à réméré, à une simple antichrèse, à faire, en un mot, de tous les engagements immobiliers indigènes, de vraies rahnias, sauf à y introduire les restrictions destinées à en éviter le caractère usuraire. Les objections sérieuses que soulève l'emploi même de ces sûretés; les précautions minutieuses qu'en exigerait la surveillance, tous les obstacles auxquels se heurteraient invinciblement les demi-mesures, ne sauraient nous satisfaire. L'antichrèse est, croyons-nous, un moyen de crédit trop rudimentaire pour que son maintien soit préconisé. En France, elle disparaît peu à peu, pour faire place à la délégation des loyers du débiteur au créancier, accompagnée, le cas échéant, d'une inscription hypothécaire (2). Les dangers que nous avons maintes fois signalés, se produisent

1. Chardon. *Traité du dol et de la fraude*, t. III, p. 209 et suiv.

2. Lobut, *op. cit.* — Planiol. *Manuel de droit civil*, II, p. 741.

aussi complètement avec elle qu'avec la vente à réméré, conçue sous sa forme musulmane. L'indigène, avons-nous dit, n'a pas la moindre notion de la valeur du temps : une fois dépossédé de sa terre, il en perd l'amour, ne se préoccupe plus d'assembler les ressources nécessaires à son rachat, privé, d'ailleurs, du seul instrument de revenus qu'il avait : sa parcelle de terre. Ce qu'il faut donc lui éviter à tout prix c'est sa privation de jouissance, c'est le transfert du bien fonds entre les mains du créancier rahniataire ou de l'acquéreur à réméré, et pour cela une mesure radicale s'impose : l'interdiction absolue de la rahnia et de la tsénia.

Ce n'est pas à dire, du reste, que la terre cessera d'être entre les mains de l'indigène un instrument de crédit, et qu'il en sera réduit à végéter misérablement sur un domaine qu'il ne pourra cultiver faute de ressources, son matériel agricole étant de trop peu de valeur pour lui permettre d'emprunter sur lui, et les sociétés de prévoyance se refusant à accorder des avances aux fellahs malheureux. Nous avons vu que les Kabyles connaissaient autrefois, au dire d'Hanoteau et Letourneux, une institution intermédiaire entre notre hypothèque et la rahnia indigène. Les Mozabites pratiquent également une opération de crédit immobilier perfectionnée, et que n'accompagne pas la dépossession du débiteur. Les Tunisiens sont arrivés à remplacer la transmission effective de la détention du sol par la simple remise du titre en représentant la propriété ; leur régime

foncier, même avant notre réforme, qui ne s'étend d'ailleurs guère aux terres musulmanes, avait atteint un degré de progrès avancé. Nous pourrions utilement nous inspirer de ces exemples pour l'organisation du crédit immobilier aux indigènes musulmans de notre colonie, que nous soustrairions aux excès du nantissement immobilier proprement dit.

C'est de cette question de l'organisation même du crédit immobilier qu'il nous faut maintenant nous occuper. La suppression de la rahnia et de la tsénia est une mesure qui s'impose, mais elle doit faire place à une institution plus parfaite, prêtant moins le flanc à la critique, susceptible d'amener progressivement les tribus algériennes au progrès et au bien-être et reposant sur les principes que nous nous sommes efforcé de dégager. Le manque de crédit de l'indigène, l'obligation où il se trouve, en cas de besoin, de recourir à des usuriers tient à des causes multiples : manque de garantie du gage offert, imprévoyance de l'emprunteur, mauvaise foi du débiteur, confusion des titres et des droits réels grevant l'immeuble, tous obstacles pouvant se résumer en un seul : caractère très aléatoire de l'opération de prêt justifiant, dans une large mesure, l'élévation du taux des avances. D'autre part, la prohibition religieuse de l'intérêt diminue le nombre des prêteurs et crée au profit des infidèles, Européens ou Israélites, et des Kabyles indépendants, un quasi monopole de banquiers. L'autorisation que nous accordons à tous nos sujets indistinctement, aux termes mêmes de

leurs lois religieuses, de stipuler un loyer de l'argent, augmentera la concurrence et diminuera la cherté du numéraire. Mais nous ne devons pas laisser l'initiative d'une telle réforme à la libre volonté de nos sujets. Nous avons le devoir de la leur imposer. Comme les mineurs en tutelle ont besoin qu'on exerce sur eux une surveillance de tous les instants pour les empêcher de nuire à leurs propres intérêts, nous munirons les indigènes de béquilles, nous leur indiquerons l'endroit où ils pourront, le cas échéant, se procurer des fonds et des ressources, et leur ferons défense de s'adresser ailleurs dans ce but.

Quels seront les établissements qui fourniront aux indigènes les avances dont ils auront besoin, non seulement pour les frais annuels et périodiques, car les sociétés de prévoyance mieux administrées, mieux gérées et surtout mieux surveillées dans la répartition des secours, suffiraient à cette besogne, mais surtout pour les frais de grosses réparations, de mise en valeur plus effective de leurs terres, quand ils auront compris la nécessité de procédés moins routiniers de culture ? Peut-on compter sur les établissements de crédit foncier existants : le Crédit Foncier et agricole de l'Algérie, la Banque de l'Algérie, par exemple, et leurs succursales régionales ou locales ? Nous ne le croyons pas. Leurs statuts limitent leurs opérations et les garanties qu'elles exigent, dans un cercle trop étroit pour qu'elles puissent remédier aux inconvénients que nous voudrions voir disparaître. On connaît les sentiments

de solidarité usuels dans les milieux orientaux. Les caisses de prévoyance les ont mis à contribution et n'était le mauvais emploi des fonds qu'elles reçoivent, elles seraient appelées à un grand avenir dans leur sphère d'action. C'est sur leur modèle, ou plutôt en partant de l'idée qui a présidé à leur création, que nous organiserons l'instrument de crédit propre à atténuer et à supprimer, à la longue, les exactions dont sont victimes les indigènes imprévoyants et besogneux.

Ce seraient de petites banques régionales (1), consentant aux indigènes présentant quelque garantie, des avances sur les terres qu'ils auraient en leur possession. Nous en comprendrions ainsi le mécanisme. Créés dans chaque centre indigène important, dans chaque commune mixte par exemple, et dans les communes de plein exercice où le nombre des petits propriétaires indigènes serait assez considérable, ces établissements (2) débuteraient dans leurs opérations à l'aide des fonds que la Banque de l'Algérie doit mettre à la disposition du Gouvernement de la Colonie, à la suite du renouvellement de son privilège d'émission. On pourrait également prélever des ressources sur les fonds d'un emprunt de l'Algérie ou exiger des départements et des commu-

1. Cf. Enquête de 1898 (Procès-verbaux), p. 118.

2. La direction en serait confiée à un conseil d'administration où dominerait l'élément européen pour ne pas retomber dans les inconvénients des sociétés de prévoyance (Cf. chap. précédents).

nes des subventions. Ils ne tarderaient, d'ailleurs, pas, dès que leurs bénéfices le leur permettraient, à restituer ces sommes à leurs prêteurs, ou les placeraient en fonds de réserve.

Leur principale ressource consisterait dans les dépôts que l'on obtiendrait de tous les fellahs (propriétaires) de la région. Ces dépôts ne seraient plus gratuits comme dans les sociétés de prévoyance. Au contraire, nous pourrions leur faire servir un intérêt assez élevé, pour détourner leurs détenteurs de l'usure occulte. Les croyants n'objecteraient pas la crainte de voir leurs dépôts servir à la constitution de prêts à intérêt, puisque cette opération serait devenue licite, même pour les plus scrupuleux, grâce au concours législatif des docteurs de l'Islam contemporain. De la sorte, tous trouveraient leur avantage à la combinaison, et elle serait peut-être de nature à développer chez eux les sentiments absents de la prévoyance et de l'épargne.

Ils seraient même obligés de faire valoir ainsi leurs capitaux mobiliers, car ils n'auraient aucun autre moyen de les voir fructifier. Imitant le Gouvernement ottoman qui connaît le caractère de ses sujets, fort voisin, semble-t-il, de celui des nôtres, nous interdirions en effet, à tout emprunteur, de passer un emprunt hypothécaire ailleurs que devant l'établissement de crédit (1) où il trouverait des avances. Des

1. Cf. Loi du 3-15 septembre 1890 créant un régime hypothécaire à l'usage exclusif de la Banque agricole fondée en

mesures très sévères pourraient être édictées pour en assurer le fonctionnement à l'origine, et éviter les fraudes, toujours possibles, des usuriers intéressés à l'échec d'une institution qui ruinerait à jamais leur industrie. Tout prêt mobilier consenti par un autre bailleur que la Banque ne donnerait pas lieu à poursuite judiciaire : le créancier privé de recours hésiterait avant de se dessaisir des fonds d'avance. Ce serait une véritable Banque de crédit mutuel agricole et foncier avec un monopole régional, comprenant parmi ses membres tous les fellahs de la commune, alimentée au moyen de leurs dépôts et pratiquant des prêts à ses sociétaires. Un fonds de réserve permettrait de parer aux éventualités d'années calamiteuses, dont la fréquence serait, sans doute, atténuée, grâce aux progrès de la culture et des procédés agricoles, accompagnés d'une plus grande fixité dans les rendements.

Les avances seraient faites à un taux assez haut pour garantir, outre le prélèvement des frais de gestion et d'administration, le paiement d'un intérêt rémunérateur aux déposants sociétaires. Quelque élevé qu'il fût il n'atteindrait jamais les limites exorbitantes qu'exigent aujourd'hui les usuriers. D'ailleurs, le taux serait encore diminué, grâce à l'augmentation des garanties plus grandes qu'aurait la Banque. Elle n'arriverait peut-être pas, à avoir entre les mains un

---

1888 (*Annuaire de législation étrangère*, XXII, année 1892, p. 863 et suiv.).

titre aussi certain que celui que délivrerait l'Administration française, à la suite d'opérations de purge partielle, mais sa situation locale, le voisinage immédiat de l'emprunteur dans lequel elle se trouverait, lui permettraient d'obtenir une sécurité suffisante. Elle aurait, en effet, des moyens d'investigations dont ne disposent pas les simples particuliers, puisqu'elle compterait parmi ses membres tous les propriétaires du pays. Elle serait renseignée sur la situation exacte de l'immeuble par la notoriété qui s'attache aux transactions immobilières, et l'impossibilité absolue où se trouverait désormais son possesseur de la grever de droits réels valables. Ainsi disparaîtrait, ou serait diminué l'aléa, la crainte de risques, cause principale de l'élévation de l'intérêt.

La sûreté réelle qu'exigerait la Banque, en retour de son avance, n'aurait rien de l'ancienne rahnia ou tsénia qu'elle supplanterait. Elle rappellerait l'hypothèque mozabite ou le « dépôt de la terre » kabyle décrit par Hanoteau et Letourneux (1). L'emprunteur ne serait pas dépossédé de son bien : il se contenterait de l'affecter par un acte transcrit sur le registre de la Banque à la garantie du remboursement de son avance. Cette affectation serait partielle ou générale, et l'immeuble formerait ainsi la garantie de plusieurs prêts successifs consentis par la Banque elle-même. Cet acte pourrait, en outre, contenir une clause de

1. Cf. Projet de codification du droit musulman, 2e fascicule. Rapport de M. Morand, p. 43.

voie parée par laquelle la Banque aurait le droit de faire, l'échéance arrivée sans libération du débiteur, procéder à la vente aux enchères de l'immeuble par simple ministère d'un officier public, sans intervention du cadi. L'exécution n'en serait possible qu'après un avertissement préalable adressé au débiteur, et destiné à lui permettre de se libérer. Son maintien en possession lui faciliterait la réunion des ressources nécessaires à désintéresser le prêteur, et lui rappellerait constamment l'éventualité d'une expropriation, au cas d'insolvabilité.

Nous éviterions ainsi les scandales et les abus des saisies immobilières et des ventes opérées par l'intermédiaire des Cadis, qui soulèvent des protestations unanimes. La Banque, à l'encontre du créancier rahniataire nanti, n'aurait pas intérêt à rendre les enchères occultes, ou même à se livrer, comme il en est presque toujours ainsi, à un simulacre de vente publique. Elle se préoccuperait, au contraire, quand elle serait arrivée à la nécessité d'une expropriation forcée, d'assurer une réalisation aussi lucrative que possible du gage : en premier lieu parce que l'avance qu'elle aurait consentie sur lui serait beaucoup plus proche de sa valeur réelle que les prêts usuraires des prêteurs actuels ; ensuite, parce qu'elle ne tiendrait guère à s'embarrasser d'un domaine immobilier, et qu'elle préférait le voir adjuger à un étranger. Il arriverait que tous les intérêts en présence seraient satisfaits. Le débiteur exproprié n'aurait véritablement qu'à s'en prendre à lui-même, quand il serait

parvenu à l'extrémité d'une aliénation forcée, sans pouvoir invoquer, comme aujourd'hui, les suites déplorables d'un emprunt, préliminaire presque certain de sa ruine effective.

Quelque radicales que paraissent ces mesures, elles sont la conséquence logique des maux que l'on veut détruire à jamais. Elles prennent dans la nombreuse série des remèdes proposés par les publicistes et les économistes, que la question du Crédit foncier indigène a préoccupés, ce qu'ils ont de réalisable. Les uns, en effet, proposent de limiter ou même d'interdire aux indigènes la faculté d'aliéner leurs terres, ou en totalité ou en partie. Nous n'allons pas si loin qu'eux ; nous nous bornons à réclamer la prohibition de les donner en gage, autrement qu'aux établissements spéciaux destinés à ces opérations, et selon les formes que nous préconisons. D'autres demandent la suppression de la vente à réméré et le maintien de l'antichrèse. Nous ne souscrivons pas à une distinction que nous estimons factice, puisque nous avons établi l'assimilation qu'établissent les Indigènes entre la tsénia, même à faculté de rachat nettement définie, et la rahnia coutumière. D'autres, enfin, se contentent d'expédients destinés à pallier successivement les différents dangers qui se font jour.

Pour nous le péril est trop grand, ses racines sont trop profondes, pour que ces demi-mesures nous satisfassent. Nous remontons aux origines du mal et nous croyons les trouver dans l'erreur économique,

aujourd'hui maintes fois démontrée, de la prohibition du prêt à intérêt. Faisant appel, pour en permettre l'abolition, aux règles et aux principes du Livre Saint qui l'édicte, le législateur français, avec l'autorité que lui donnera la collaboration de juristes musulmans écoutés, la force qu'il puisera dans les monuments législatifs des nations musulmanes, proclamera l'autorisation du prêt à intérêt. Il fermera ainsi la porte aux subterfuges grossiers qui cherchent à tourner l'interdiction, ou se donnera des armes plus puissantes pour les combattre et les réprimer. La suppression totale des rahnias et des tsénias, sera la cause de la disparition d'une des formes les plus désastreuses que revête le fléau de l'usure en Algérie. Enfin, le législateur évitera le reproche de faire œuvre de démolisseur sans y ajouter le travail de réédification, en constituant le crédit immobilier des propriétaires indigènes sur des bases empruntées aux principes que nous avons exposés, et au moyen d'un organisme dont le fonctionnement a fait l'objet de nos développements précédents.

CONCLUSION

Arrivé au terme de notre étude nous croyons utile de jeter un regard en arrière, pour résumer et condenser les idées générales qui s'en dégagent et les enseignements qu'elle comporte. La gravité du problème du crédit immobilier et des dangers qu'offrent les procédés actuellement employés entre indigènes, même sur les terres francisées, est trop évidente pour y insister. De la solution qu'on y rapportera résultera la ruine ou la prospérité définitive de nos sujets algériens. Il revient, en effet, à se demander si nous garantirons à l'indigène, pour qui elle constitue la seule ressource, la possession, la détention de la parcelle de terre dont il a jusqu'à présent tiré sa subsistance ; ou si, au contraire, nous l'abandonnerons, sans protection, aux conséquences du libre jeu de la concurrence et des lois économiques. C'est le vouer, dans un avenir prochain, à l'expropriation.

Le tout est de savoir si un tel résultat est propre à favoriser notre œuvre civilisatrice, et si nous n'assumerions pas une lourde responsabilité en traitant nos sujets musulmans en adultes, quand ils méri-

tent d'être considérés comme des adolescents à peine sortis de l'enfance, et ont besoin d'une assistance et d'un contrôle incessants. Il ne nous paraît pas qu'à une époque, où, en tout pays, s'élève un cri unanime contre la désertion des campagnes, contre la création d'un prolétariat agricole, au profit de quelques grands propriétaires arrondissant sans cesse leurs domaines, la question puisse souffrir difficulté. Pour notre part, nous nous déclarons nettement en faveur d'un développement constant de la petite propriété indigène. Nous entendons la protéger aussi bien contre les Européens, à condition qu'il soit établi que ces derniers lui font courir un danger, ce qui n'est nullement démontré, que contre les accapareurs indigènes, eux-mêmes agrandissant constamment leurs propriétés par un des moyens classiques de rahnias ou de tsénias. Favoriser, au contraire, exclusivement la grande propriété, serait arracher le fellah à la terre, le transformer en simple ouvrier, en faire un déclassé qui ne trouverait que peu à s'employer chez ses coreligionnaires ou chez les Européens, qui grossirait l'armée des malfaiteurs et des criminels, et augmenterait l'insécurité, mal dont souffre déjà assez notre colonie.

Les questions les plus délicates se rencontrent d'ailleurs dans la matière des sûretés réelles immobilières. Les besoins économiques, les aspirations instinctives de l'homme s'y heurtent contre les principes législatifs édictés au mépris de leur connaissance. Nous avons vu, qu'en dépit de toutes les pres-

criptions, quelques sévères que soient, aux yeux des croyants, les peines attachées à leur violation, la nature humaine arrive fatalement en dernière analyse, à en avoir raison. L'interdiction du prêt à intérêt en droit coranique n'amène, comme la prohibition canonique des théologiens du moyen âge, qu'un seul résultat : le développement de subterfuges destinés à la tourner et que le législateur ne peut atteindre, particulièrement les rahnias et les tsénias.

Aussi mieux vaut en prendre notre parti : acceptons ce que nous ne pouvons empêcher. Revenu à une plus saine conception des lois économiques et de la vanité des mesures qui les transgressent, le législateur moderne a, ou bien laissé les parties libres de consentir, à leur gré, les conventions de prêts sous la seule restriction de la limitation de taux par le jeu de l'offre et de la demande et des risques qu'il comporte, ou bien autorisé le prêt en en limitant lui-même le niveau supérieur. C'est à cette dernière combinaison que nous préférons nous arrêter, tout au moins en ce qui concerne les indigènes. Nous ne les estimons pas arrivés à une culture économique assez avancée pour leur permettre d'user librement d'un instrument dont ils ignorent le mécanisme. A l'instar des souverains musulmans temporels contemporains, du Sultan de Turquie et du Khédive d'Egypte, nous devons faire disparaître pour nos sujets d'Algérie, la prohibition qu'ils trouvent dans le Coran, mais leur fixer, en même temps, un taux qu'ils ne devront pas dépasser, sous peine de

ne pouvoir poursuivre en justice l'exécution des obligations contractées en dérogation de notre règle.

Nous ne nous dissimulons, du reste, nullement les difficultés pratiques presque insurmontables que soulèvera, à l'heure actuelle, l'introduction d'un principe battant en brèche l'enseignement traditionnel du Coran et des commentateurs. Nous avons trop souvent nous-même mis en lumière la vérité de l'adage *Quid leges sine moribus*, pour tout attendre d'une simple décision législative. Trop profondément entrés dans les mœurs sont les procédés dont nous avons signalé les abus, pour qu'ils soient sacrifiés d'un coup. Une longue série d'années s'écoulera, sans doute, avant que nos sujets comprennent l'utilité des mesures, prises dans leur propre intérêt, tant sont difficiles à détruire les préjugés les plus erronés, surtout quand des éléments si puissants en combattent la disparition, et que tant d'individus ont intérêt à les voir se perpétuer.

Mais nous comptons aussi et surtout, sur l'évolution et la régénération économiques de nos Indigènes. On nous objectera, il est vrai, que notre occupation ne s'est jusqu'à présent guère traduite par un progrès très sensible de nos sujets musulmans : qu'ils sont, pour la plupart, restés aux errements de leurs pères, et qu'ils sont aptes à considérer, selon la parole du Prophète, tous les novateurs comme des révolutionnaires, préférant la routine et la misère au progrès et à l'aisance.

Cependant des signes certains d'une amélioration

de leur sort se font sentir. Deux éléments de la population nous ont révélé, même dans leurs institutions propres, la trace d'une civilisation plus parfaite et d'une compréhension plus exacte de la vie pratique. Les Kabyles et les Mozabites, qui forment environ le cinquième du contingent des Indigènes de notre colonie, pourraient être donnés en exemple à leurs coreligionnaires, si un antagonisme farouche ne régnait entre eux. Mais la possibilité d'une réforme est puissamment encouragée par leur présence. Si, comme nous l'avons démontré, les premiers ont réussi à conserver intact leur droit civil, et leurs coutumes locales à l'encontre de l'enseignement du Prophète et des moyens violents de propagation des envahisseurs ; si les seconds sont arrivés, en dépit de leur orthodoxie, à la pratique d'une vraie hypothèque ; si les tribus algériennes ont lentement adopté les lois du vainqueur arabe ou turc, pourquoi ne consentiraient-elles pas à s'incliner devant les nôtres, et à y apporter autre chose qu'une obéissance hostile, quand leur éducation économique, fruit du voisinage des colons européens et des résultats avantageux de leurs procédés, les aura conduites à une aversion moins systématique à l'égard de toutes les dispositions émanant du législateur infidèle ?

C'est donc dans une combinaison de l'œuvre économique et des mesures législatives que nous puisons les éléments d'une solution du problème qui a fait l'objet de nos précédents développements. Les progrès des mœurs, la réforme des habitudes routinière-

res, sont un facteur puissant d'évolution et l'œuvre législative doit plutôt les suivre que les précéder. Mais si faible que soit son rôle, il serait injuste de le méconnaître complètement. Nous ne doutons pas, qu'accompagnées de la création d'organismes régionaux propres à en assurer le fonctionnement, à adoucir les rigueurs de la transition, en fournissant aux fellahs algériens des avances de fonds gagés sur leurs terres, l'autorisation du prêt à intérêt en droit musulman et la suppression des rahnias et des tsénias n'amènent, dans un avenir plus rapproché que ne pourrait le faire l'assimilation juridique pure et simple de tout le sol de l'Algérie à celui de la Métropole, ou l'immatriculation facultative au livre foncier, la disparition d'institutions, qui, sous le couvert de noms factices et de contrats licites, sont en réalité des instruments d'usure, d'expropriation et de ruine.

Vu : le Doyen,
G. BRY

Vu : le président de la thèse
E. AUDINET

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie,
BELIN

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS 15

INTRODUCTION. — *Les sources du droit immobilier algérien.* — Respect partiel des lois locales. Le dualisme du régime législatif en Algérie. 19

1° Le droit musulman orthodoxe. — Les sources. — Coran et Souna. — Opinion unanime. — Analogie 21

Les grandes imams et leurs rites. — Nature de leurs divergences 21

2° Les coutumes kabyles 30

3° Le droit ibadite 33

Champ d'application du droit indigène 35

PREMIÈRE PARTIE

Le droit indigène pur

TITRE PREMIER

Le droit musulman

CHAPITRE I. — *La prohibition du prêt à intérêt.* — Le principe. — Ses conséquences. — Le prêt. — Les contrats interdits 39

CHAPITRE II. — *Le nantissement orthodoxe.* — Inexistence de l'hypothèque en droit musulman. Causes. Division du chapitre 53

Section I. — Le nantissement orthodoxe. — Importance du gage. Rôle. — Caractères. — Conditions de forme. — Dépossession du débiteur. — Conditions de fond. — Personne du constituant. — Validité du contrat principal. Nature de l'immeuble engagé. — Effets. — Droits du créancier : 1° Droit de rétention. Indivisibilité du nantissement ; 2° Droit de vente et privilège. — Jouissance de l'immeuble. — Obligations du créancier..... 56

Section II. — Le nantissement coutumier. — La Rahnia indigène. — Définition. — Conditions. — Durée. — Effets..... 77

Section III. — Nantissement, mort-gage et antichrèse. — Le nantissement immobilier. — Mort-gage et vif gage. — Droit canonique et droit coutumier. — Antichrèse et rahnia. — Conditions de forme. Publicité. Privilège. Jouissance des fruits..... 83

Chapitre III. — *La tsénia* (*Quasi-vente à réméré*).... 95

Section I. — Le vente à réméré chez les auteurs orthodoxes. — Le principe. — Prohibition. — Causes. — Effets de la nullité. — Les exceptions. — Effets..... 98

Section II. — La tsénia indigène en Algérie. Son emploi. — Caractères. — Comparaison avec la rahnia. — Différences théoriques. — Confusion pratique. — Causes. — Les auteurs musulmans. — La jurisprudence algérienne. — La circulaire de 1888..... 102

Section III. — La tsénia et le droit français. — La tsénia et la vente à réméré. — La tsénia et l'antichrèse. — L'ancien droit français. — Vente à réméré. — Son caractère. — Contrat pignoratif ou engagement. — Conclusion 117

TITRE DEUXIÈME

Le droit kabyle.

CHAPITRE I. — *La rahnia kabyle.* — Les coutumes civiles kabyles et le Coran. — Le prêt à intérêt. — Interdiction. — Réglementation. — Liberté. — Conditions et durée du prêt. — L'usure kabyle. — La vente à réméré. — La rahnia. — Conditions. — Durée. — Effets. — Droits du créancier : Droit de rétention. — Jouissance de l'immeuble. — Droit de vente et privilège. — Obligations : Impenses et risques..... 131

CHAPITRE II. — *L'hypothèque kabyle.* — Inexistence actuelle. — Le « dépôt de la terre » de Hanoteau et Letourneux. — Leur description de cette institution. — Conditions de forme et de fond. — Effets : droit de préférence. — Comparaison avec l'hypothèque. — Causes de sa disparition..... 150

TITRE TROISIÈME

Le droit ibadite.

CHAPITRE UNIQUE. — *Les sûretés réelles immobilières au Mzab*..... 163

1° Le prêt à intérêt. — Principes. — Subterfuges..... 163

2° Les sûretés réelles. — La rahnia. — Conditions de forme et de publicité. — Effets. — Droit de suite. — Modes d'extinction. — Purge. — Libération du débiteur. — Vente du gage. — Les arrêts de la Cour d'Alger... 163

DEUXIÈME PARTIE

La loi française et ses effets

CHAPITRE I. — *L'évolution de la législation foncière algérienne*. — Etat des terres au moment de la conquête. — Le problème foncier. — La période chaotique. — Les ordonnances royales et de 1844 et 1846. — La loi du 16 juin 1851. — Le Sénatusconsulte du 22 avril 1863. — Les lois du 26 juillet 1873 et 28 avril 1887. — La francisation. — Les procédures d'ensemble. — Les procédures partielles. — Sort des droits réels indigènes. — La loi du 16 février 1897. — Son caractère. — Suppression des procédures générales. — Purges partielles. — Formes. — Terres melk. — Terre arch..... 187

CHAPITRE II. — *Le régime actuel des terres algériennes. — La francisation du sol et ses conditions.* — Division actuelle des terres algériennes de propriété privée. — Francisation. — Ses modes. — Titres provenant de procédure d'ensemble. — Titres provenant de procédure partielle et actes individuels. — Effets des titres notariés et administratifs..... 212

CHAPITRE III. — *Les effets de la francisation. — Les terres francisées.* — Principaux effets de la francisation. — Sûretés réelles indigènes. — Leur sort dans le présent et l'avenir. La Rahnia. — Conversion en antichrèse. — 1° Nécessité d'un écrit ; — 2° Jouissance des fruits ; — 3° Suppression du droit de préférence ; — 4° Modes de réalisation du gage. — La tsénia. — L'hypothèque et le « dépôt de la terre » kabyle. — Leur sort dans le passé. — Conflit du droit musulman et du droit français. —

Modes de francisation n'opérant pas purge des droits réels. — Effets de la transcription du titre français. — Controverse. — Modes de preuve des droits réels indigènes..... 225

Chapitre IV. — *Les terres non francisées.* — Territoires du Tell. — Territoires hors du Tell. — Application des lois et coutumes locales. — Conflit des coutumes indigènes. — Matière personnelle et mobilière. — Matière réelle et immobilière. — Application facultative de la loi française. — Conclusion..... 251

TROISIÈME PARTIE

Les abus du nantissement immobilier. Les maux et les remèdes

Chapitre. I. — *Les inconvénients économiques.* — Les doléances unanimes. — L'usure algérienne et ses formes. — Les abus de la vente à réméré du Code civil. — Les avantages des rahnias. — Leurs dangers. — Le prêt avec rahnia. — Les risques du prêteur. — Les augments de rahnias. — La vente judiciaire. — Les enchères occultes. — Accaparements territoriaux. — Indigènes et Européens. — La commission de protection de la propriété indigène. — Les enseignements de l'enquête. — Les prêts. — Les ventes à réméré et leurs remboursements. — Les saisies immobilières et leurs adjudicataires..... 267

Chapitre II. — *Les projets de réforme.* — Le crédit indigène. — Les pessimistes. — La tutelle des indigènes. — Leur éducation économique. — Le problème du crédit agricole et foncier. Les sociétés de prévoyance. — Leur insuffisance et leurs abus. — Les deux tendances

réformistes. — Les assimilateurs : 1° Francisation ; 2° les livres fonciers. — Les partisans du régime dualiste. — 1° Répression de l'usure. — 2° La publicité des enchères. — 3° Suppression des ventes à réméré..... 289

Chapitre III. — *La solution juridique et législative.* — Insuffisance des remèdes partiels. — Le progrès dans l'Islam. — L'autorisation du prêt à intérêt. — Les textes. — Sa justification orthodoxe. — Les législations musulmanes modernes. — Prohibition absolue du nantissement immobilier actuel. — Organisation du crédit indigène. — Les banques foncières régionales. — Nombre. — Ressources. — Opérations. — Garanties. — Exécution du gage..... 309

Conclusion..... 332

Imprimerie Bonvalot-Jouve, 15, Rue Racine, Paris.